UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA

UNAN – LEÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

MONOGRAFÍA PREVIA A OPTAR AL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

TEMA:

DEL DERECHO DE SUSTITUCIÓN Y DE ACRECIMIENTO EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

AUTORES:

- LEOBER MANUEL ALTAMIRANO RAMÍREZ.
- SERGIO SAMUEL FLORES PÉREZ.
- LESTER JAVIER FLORES VELÁSQUEZ**.**

TUTOR:

DRA. BELIGNA SALVATIERRA IZABA.

León, Marzo del 2008.

AGRADECIMIENTO

Le agradecemos a Dios por habernos permitido culminar una de nuestras metas y de habernos llevado por el camino del bien.

Como un testimonio de cariño y eterno agradecimiento, a los maestros y a nuestra querida Facultad de Derecho, por habernos brindado sus conocimientos durante estos años de estudio y como un reconocimiento de gratitud al haber finalizado esta carrera.

Aquellos que participaron en nuestro desarrollo profesional, sin su ayuda y conocimientos no estaríamos en donde nos encontramos ahora.

A nuestra tutora, Dra. Belígna Salvatierra por su generosidad al brindarnos la oportunidad de recurrir a su capacidad y experiencia en un marco de confianza, afecto y amistad fundamentales para la conclusión de este trabajo.

Al personal de la biblioteca por su paciencia, quienes de alguna manera ayudaron al desarrollo de este trabajo, gracias a todos ellos.

DEDICATORIA

A Dios, nuestro padre espiritual y eterno que me ha dado fortaleza y sabiduría para concluir con éxito una meta más en mi vida, y haberme dado la capacidad necesaria para enfrentar los diferentes obstáculos que se me presentaron durante mi formación profesional.

A mis padres José Manuel Altamirano y Aidalina Ramírez Armas quienes me regalaron la vida y que con ese espíritu desmedido de amar, sembraron en mi fortaleza para no decaer en los momentos más adversos de mi vida; por haber creído y confiado a ciegas, alentarme y sembrar en mi día a día, por ser ejemplo de honestidad, bondad y fortaleza que más necesite.

A mis hermanos, por ser fuente de inspiración y la misma viva expresión que el amor y la unidad existan por su apoyo, por sus palabras las que me decían que por nada se debe de cesar en aquello que asegurara tu futuro, a ellos mi más profundo agradecimiento.

A mis profesores, por ayudarme, por darme lo mejor de ellos, por tenerme tanta paciencia y ayudarme a concluir una meta más en la vida, Dios me los bendiga y nunca olvidare sus enseñanzas.

A mis amigos que me brindaron su amistad, aprecio y cariño en todos los momentos, su nobleza y dedicación los hacen ser seres

especiales en mi vida "quien encuentra un amigo encuentra un tesoro y quien encuentra un tesoro encuentra muchos amigos".

A mis amigos de trabajo Lester y Samuel por el gran aprecio y cariño que han tenido, que han sabido escucharme, quienes me enseñaron que en la vida si se puede encontrar personas especiales ya que han sido así conmigo y se los agradezco, por su presencia y dedicación y por su incondicional amistad.

Leober Manuel Altamirano.

DEDICATORIA

Esta monografía es una parte de mi vida y comienzo de otras etapas, por esto y más, la dedico a Dios, por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por ser mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio y por llenar mi vida de salud y bendiciones.

A mi madre Noemí Pérez, quien me ha heredado el tesoro más valioso que puede dársele a un hijo: amor.

A quien sin escatimar esfuerzo alguno, ha sacrificado gran parte de su vida para formarme y educarme. A quien la ilusión de su vida ha sido convertirme en persona de provecho. A quien nunca podré pagar todos sus sacrificios, ni aún con las riquezas más grandes del mundo.

Gracias por haber creído en mí, viviré eternamente agradecido. Con amor y respeto, esta monografía es suya.

A la memoria de mi abuelita, María Delgadillo (Q.E.P.D.) que aunque no este con nosotros físicamente estaría feliz junto con nosotros en la conclusión de mis estudios.

Gracias a todos mis amigos, en especial a Lester, Leober, Hazel, Ana, Gloria y Claudia quienes estuvieron a mi lado y compartimos tantas aventuras, experiencias, tristezas y triunfos. Gracias a cada uno por su confianza y lealtad.

Sergio Samuel Flores.

DEDICATORIA.

Con este trabajo monográfico culmino otra etapa de mi vida y empiezo un nuevo andar para emprender hacia una responsabilidad mayor, como es, poner en práctica todo lo que he aprendido en este tiempo de estudio, buscar mi independencia y ayudar a todos aquellos que me brindaron su apoyo, comprensión y amistad. A ellos les dedico esta tesis, porque este logro también es de ellos; a los seres que mas amo:

A Dios, por ser el dador de vida y el que hace las cosas posibles.

A mi madre: ***SILVIA DEL SOCORRO VELÁSQUEZ*** *y a mi padre:* ***ABRAHAM FLORES RUEDA****, por darme la vida, estar siempre a mi lado y ser los autores, impulsores en este caminar, son las dos personas que mas amo en este mundo. Por ellos culmino mi carrera y a través de este estudio investigativo finiquito con unas de mis metas a largo plazo, como es, graduarme como Abogado.*

A mi gran amigo incondicional que ha sido mi consejero, un guía y pieza importante en este proyecto de vida: ***JAIME ANTONIO MIRALLES DE LA OLIVA****; eres un gran ser humano, el mas grande que he conocido hasta hoy. Desde lo más profundo de mi ser te estaré eternamente agradecido.*

Lester Javier Flores Velásquez.

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN 1

CAPITULO I. PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE SUSTITUCIÓN Y DE ACRECIMIENTO.

1.1. En el Derecho Romano 3

1.2. En el Derecho Contemporáneo 9

1.3. En nuestro Derecho 15

CAPITULO II. DEL DERECHO DE SUSTITUCIÓN.

2.1. Concepto 17

2.2. Clases de Sustituciones 19

2.2.1. Sustitución Vulgar. Concepto 21

2.2.2. Naturaleza Jurídica 22

2.2.3. Efectos de la Sustitución Vulgar 23

2.3. Sustitución Pupilar. Concepto 25

2.3.1. Naturaleza Jurídica de la Sustitución Pupilar 25

2.3.2. ¿Quiénes pueden sustituir? 27

2.3.3. ¿Quiénes pueden ser sustituidos? 27

2.3.4. ¿La Sustitución Pupilar implica la vulgar? 28

2.3.5. Efectos de la Sustitución Pupilar 29

2.3.6. Extinción de la Sustitución Pupilar 29

2.4. Sustitución ejemplar o cuasipupilar. Concepto 30
2.4.1. Naturaleza Jurídica 31
2.4.2. ¿Quiénes pueden sustituir?.....31
2.4.3. ¿Quiénes pueden ser sustituidos? 31
2.4.4. Extinción de la Sustitución ejemplar o cuasipupilar 32
2.5. Sustitución Fideicomisaria. Concepto 32
2.5.1. Requisitos 33
2.5.2. Clases de Sustitución Fideicomisaria 34
2.5.a. Sustitución Fideicomisaria a término 34
2.5.b. Sustitución Fideicomisaria Condicional 35
2.5.3. Notas Características de la Sustitución Fideicomisaria 35
2.5.4. Responsabilidad por las deudas de la herencia.....37
2.5.a. Responsabilidad fiduciario 37
2.5.b. Responsabilidad del fideicomisario 38
2.5.5. Extinción de la Sustitución Fideicomisaria.....40

CAPITULO III. DEL DERECHO DE ACRECER.

3.1. Concepto 41
3.2. Fundamento del Derecho de Acrecer.....41
3.3. Derecho de Acrecer en la Sucesión Testada.....43
3.3.1. Requisitos 43
3.3.2. Casos dudosos ¿Qué sucede cuando la asignación se hace por partes alícuotas? 44
3.3.3. Casos claros en que no se da el derecho de acrecer 45
3.3.4. Que no exista voluntad contraria del testador al derecho de acrecer 46

3.3.5. ¿Es voluntario o forzoso el Derecho de Acrecer en Sucesión Testamentaria? 47
3.3.6. ¿La porción vacante se adquiere con los gravámenes que el testador había impuesto al nombrado o libre de ellos? 50
3.4. Derecho de Acrecer en la Sucesión Forzosa 51
3.4.a. Acrecimiento en la legitima 51
3.4.b. Acrecimiento en las mejoras 51
3.5. Derecho de Acrecer en la Sucesión Intestada 56
3.5.1. Requisitos 58
3.5.2. ¿Es Voluntario o Forzoso el Derecho de Acrecer en la Sucesión Intestada? 60
3.6. Derecho de Acrecer en los Legados 61
3.7. Derecho de Acrecer en el Usufructo 62
3.7.1. Fundamento 62
3.7.2. Causas de Extinción del Usufructo 64

CAPITULO IV. PARANGÓN DE LOS DERECHOS DE SUSTITUCIÓN Y DE ACRECIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.1. Con el Derecho de Sustitución 66
4.2. Cuadro Comparativo 74
4.3. Con el Derecho de Acrecer 76
4.4. Cuadro Comparativo 87
4.5. Jurisprudencia Nacional 89
4.5.a. Sentencia del 16 de Enero de 1917 89
4.5.b. Sentencia del 6 de Octubre de 1976 92

4.5.c. Sentencia del 14 de Febrero de 1931 97
4.5.d. Sentencia del 11 de Junio de 1931 102

CAPITULO V. GENERALIDADES DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

5.1. El Testamento. Concepto. 107
5.2. Naturaleza Jurídica 108
5.3. Características del Testamento 108
5.4. Capacidad para Testar 109
5.5. De la Interpretación del Testamento 111
5.6. Clases de Testamentos en la Legislación Comparada 112
5.6.1. De la Forma de los Testamento en Nicaragua 113
5.6.2. De los Testamentos Especiales 118
5.6.3. De la Forma de los Testamentos en Argentina 120
5.6.4. De los Testamentos Especiales 124
5.6.5. De la Forma de los Testamentos en Chile 126
5.6.6. De los Testamentos Privilegiados 130
5.6.7. De las Formas de los Testamentos en España 134
5.6.8. De los Testamentos Excepcionales o Privilegiados en España 138
5.6.9. De los Testamentos Especiales Según el Código Civil de España 144
5.7. Del Derecho de Sustitución y de Acrecimiento en la Legislación nicaragüense 147
5.7.1. Requisitos 148
5.7.2. Acrecimiento en la Sucesión Testada 149
5.7.3. Acrecimiento en los Legados 150
5.7.4. Acrecimiento en el Derecho de Usufructo 151

CONCLUSIONES 152
BIBLIOGRAFÍA 154
ANEXOS

INTRODUCCIÓN

Nos vimos inspirados a investigar sobre este tema por que los derechos de sustitución y de acrecimiento son parte del derecho sucesoral, que en nuestro sistema jurídico es de escaso aplicación, lo que nos despertó la curiosidad por conocer la regulación y aplicación de estos derechos en nuestra legislación y compararlos con otras como la de España, Chile y Argentina. Asimismo llegar a determinar las causas que conllevan a la falta de aplicación de estos derechos los que a nuestro criterio se debe a la gran cantidad de personas que fallecen ab – intestato y además porque los que fallecen testados desconocen la función y utilidad de estos dos derechos por falta de instrucción del notario que autoriza el testamento.

Además por que en nuestro país son pocas las familias con acumulación de riquezas lo que hace innecesario la aplicación del derecho sucesoral.

Estos derechos tuvieron su auge en el Derecho Romano que considero ignominioso morir ab – intestato por que el heredero se consideró continuador de la persona del causante y como tal se prolongaba en ellos el nombre de la familia, del patrimonio, y el culto religioso.

Para elaborar esta investigación nos ayudamos con la regulación de los derechos de sustitución y acrecimiento en nuestro Código Civil y en los Códigos Civiles citados, además de jurisprudencia nacional para estudiar y analizar.

A lo largo de esta exposición teórica desarrollamos las distintas definiciones de estos dos derechos, sus clasificaciones siendo la más amplia la del Código Civil Español. De igual forma realizamos un parangón entre ellos atendiendo a las diferentes legislaciones estudiadas y en cuanto al concepto, clasificación, regulación, aplicación y alcance de los mismos.

Tomamos en cuenta algunas nociones generales del derecho de sucesiones que son importantes para comprender la esencia de los derechos de sustitución y acrecer. De aquí que nuestra monografía la dividimos en cinco capítulos, el Primero dedicado al Estudio de los Antecedentes de estos Derechos, desde el Derecho Romano hasta nuestros días, el Segundo se estudia los conceptos y diferentes clases de sustituciones, el tercero comprende la regulación del Derecho de acrecer, el cuarto y el quinto capítulos dedicados a plantear las semejanzas y diferencias de estas dos instituciones en atención a su regulación en las legislaciones precitadas, y al establecimientos de los conceptos generales del Derecho sucesorio.

CAPITULO I

PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE SUSTITUCIÓN.

1.1.- En el Derecho Romano: Las Sustituciones en materia sucesoria tienen antecedentes remotos en la historia del derecho , sobre todo en Roma con el objeto de evitar que se tornara ineficaz la última voluntad del ciudadano, para impedir que la herencia permaneciese mucho tiempo vacante; voluntad del testador de dejar sus bienes, propiedades a nombre de cualquiera de sus descendientes u otras personas con la que no tenía ningún parentesco y conveniencia para que haya una persona que en representación del difunto cumpla con lo mandado en su última voluntad.

El nombre de substitución viene de sub-instituere, instituir debajo sub-institutio, institución colocada debajo de otra. "En efecto, una substitución no es mas que una institución condicional colocada secundariamente bajo una institución principal."

Se distinguía seis clases de substituciones[1]:

- La sustitución vulgar (vulgari substitutio), se puede en el testamento designar varios grados de herederos por ejemplo: si tal persona no es heredero lo será tal otra persona; y de esta manera tantas substituciones cuantas quería el testador. Se podía inclusive en último rango y como

[1] Manresa Navarro, José Maria. Comentario al Código Civil Español. Ed. Reus, S.A. Madrid. 1932. Pág. 208

recurso subsidiario, instituir a uno de los esclavos como heredero necesario. Tal es la substitución vulgar así llamada por que se puede sustituir de esta manera a todos los herederos instituidos.

- De la sustitución pupilar (pupillaris substitutio), la sustitución pupilar es la institución de un heredero hecha por el jefe de la familia en su propio testamento para la herencia de un hijo impúber sujeto a su potestad, en el caso de que este hijo que le sobreviva, muera antes de haber llegado a la edad de la pubertad. Es propiamente el testamento del hijo hecho por el jefe como accesorio del suyo.
- De la sustitución cuasi pupilar o ejemplar: La que los ascendientes hicieran nombrando sustitutos a los herederos que tenían el derecho a heredarles y estuviesen imposibilitados para testar por haber perdido el juicio, para el caso de que muriesen sin recobrarlo y sin haber hecho testamento con anterioridad a la locura o intervalo de lucidez.

El origen de esta substitución se encuentra en la época clásica, cuando se permite por escrito del emperador nombrar un substituto para el hijo puber que no puede testar por incapacidad o por cualquier otro motivo, **JUSTINIANO**, en el año 528, estableció de esta manera la citada sustitución que también se denomina Justiniana "*ad exempiun pupillaris*", ya que se creó tomando como tipo la forma anterior.

Desde luego que no produce efecto esta substitución en el caso de que recobrara la razón o tuviera un intervalo de lucidez el incapaz.

- Sustitución Fideicomisaria: llamada también indirecta y tenía lugar cuando el testador instituía por heredero a una persona, encargándole que entregase a otra total o parcialmente la herencia.
- Sustitución Breviloquia; denominada también compendiosa y es la reunión en una sola familia de varios de los casos citados anteriormente.
- Sustitución reciproca: tenía lugar cuando se sustituían entre si varios herederos.

Todas las substituciones tenían por efecto prevenir cualquier posibilidad de morir intestado instituyendo un heredero para el caso de que estas posibilidades se realizaran. De ahí por que la substitución no es mas que una institución condicional.

Existieron en el derecho Romano especies de substituciones a saber, pero ralamente, lo observamos al examinar cada una de ellas, la verdadera sustitución, la que responde a los principios fundamentales de esta institución, es la denominada vulgar, los demás son derivaciones y obedecen a reglas y principios distintos, aunque tengan, desde luego, puntos comunes con la que le ha servido de tipo, o sea, con la substitución vulgar.

Por lo que hace al derecho de acrecer en el derecho Romano: como el heredero era un sucesor "*In Universun Jus Defuncti*" tenía virtualmente la totalidad de la herencia. Pero la presencia de otros herederos, que tuvieran igual derecho al suyo restringía necesariamente su parte, de la misma manera

que su presencia reducía de la misma proporción la parte de los otros herederos. Por lo tanto, si algún coheredero faltaba, no recibía su parte, y los demás acrecentaban la suya con los bienes que le correspondía a aquél.

No se producía propiamente hablando una nueva adquisición, no eran causahabiente del heredero que no había recibido su parte. En realidad ellos recibían lo que les pertenecía en virtud de su vocación eventual del total de los bienes; era su derecho que originalmente comprendía la totalidad de los bienes y que había sido limitado hasta entonces por el coheredero, de manera que en este caso mas bien se realizaba respecto de ellos un "*Jus non Decrescendi*". Que un "*Jus Acrescendi*".

Entre colegatarios, la falta de uno de los legatarios beneficiara al heredero, no habiendo derecho de acrecer a favor de los demás colegatarios aunque el testador les hubiera llamado conjuntamente, la cual era distinta al acrecimiento entre colegatarios en la llamada "*Per Vicationen*" en la cual en ves de surgir la solución anterior al derecho acrecía a favor de los colegatarios y no en beneficio de los herederos.

La vocación del heredero limitaba a una parte vacante de esta manera, no es más pues una extinción de una sucesión primitiva.

En el Derecho Civil antiguo, el derecho de acrecer era obligatorio, es decir, que tenía lugar sin que el heredero lo aceptara expresamente y aun a pesar de su voluntad.

El beneficio que correspondía a los herederos con el derecho de acrecer era proporcional a la parte que le correspondía. También el derecho de acrecer tenía lugar "*sine inere*" es decir que las cargas impuestas personalmente "*nominatum*" al que no había recibido la herencia no gravaban al heredero que la recibió por el derecho de acrecer.

EL DERECHO DE ACRECER BAJO LAS LEYES JULIA Y PAPIA POPPAEA[2]:

Estas leyes reglamentaron de manera especial las instituciones validas, según los principios del derecho antiguo, pero que dejaban de surtir efecto, caducaban con motivo de exigencia que ellas prevén particularmente con respecto al *Jus Cafiendi*. Las porciones de la herencia que quedaban vacante recibían el nombre de "caduca".

También se les llamaba a las leyes Julia y Popaea, Leges, Caducariae, en este caso el derecho de acrecer no era obligatorio y tenía lugar "*cun onere*" a falta de heredero o legatario el derecho de acrecer correspondía al tesoro público al Estado considerado como padre de todo el mundo.

[2] Uribe, Luis F. Sucesiones en el Derecho Mexicano. Ed. Jus, México. 1962. Pág. 228 y 229

En el último estado del derecho, las leyes carecen de autoridad duradera sino son la expresión de la costumbre. Las leyes caducarías son un ejemplo. No aportaban ningún remedio al mal que estaba destinado a prevenir.

Vistas desfavorablemente por la opinión, porque ponían trabas a la libertad de testar, odiosas por razón de sus tendencias fiscales, conteniendo toda suerte subterfugios, debilitadas por las dispensa de la naturaleza de las cosas, exigía a los príncipes, estuvieron en vigor hasta el advenimiento oficial del cristianismo. Parecieron entonces en oposición con las preferencias decidida de la nueva religión por un estado de célibes y fueron definitivamente atacadas. Constantino abrogo las normas que atacan a los célibes y Justiniano suprimió otras causas de capacidad, restableció el régimen clásico del derecho de acrecer, extendiéndolo a toda clase de legado, siendo este sistema el que influyo en las legislaciones posteriores estableciendo como fundamento de el derecho de acrecer en los legados en la presunta voluntad del testador.

En materia de herencia el derecho de acrecer tenía en las partidas por su contenido romanista un carácter necesario. Cuando existiesen varios herederos instituido solo en cuanto en una o varias cosas determinadas y aun existiendo solo un heredero, se admitían los siguientes casos:

a) Cuando el testador instituía en un solo heredero en una parte alícuota, como una tercera, cuarta parte de la herencia, caso en el cual le acrecía toda la porción restante o la parte de ella no destinada especialmente en legado.

b) Cuando el testador instituía un heredero dejándole o asignándole solo una cosa o varias cosas determinadas, pues también le correspondía la herencia integra.
c) Cuando el heredero era instituido in diem o ex die, pero no en casos como los casos anteriores , sino de tiempo a tiempo, es decir, que instituido el heredero desde cierto día , se borraba la expresión del día y quedaba la institución convertida en pura, percibiendo en su consecuencia el instituido la herencia , sin limitación alguna en cuanto al tiempo.

Era pues necesario en todo caso, que una sola cosa o porción de herencia fuese dejada a varias personas por el testador, sin expresa separación de partes.

1.2.- EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO[3].

Las diferentes legislaciones contemporáneas han seguido fundamentalmente los lineamientos generales trazados por el derecho Romano.

VALVERDE resume esta materia diciendo: "con la palabra sustitución se quiere significar el nombramiento por acto de última voluntad de un heredero, en subrogación del nombrado en primer lugar. Consisten las sustituciones, en que un tercero es llamado a recibir una liberalidad en defecto de otra persona o después de ella.

[3] Uribe, Luis F. Ob cit. Pág. 268

Según esta etapa contemporánea existen dos especies principales de sustituciones, la directa, cuyo tipo es, la sustitución vulgar, por la cual se recibe la herencia del primer instituido cuando este no quiere o no puede tomarla, y es indirecta, por la que el sustituto recibe la herencia por intermedio del sustituido y por eso se llama indirecta, oblicua, gradual o fideicomisaria; es decir que el sustituto la recibe después de haberla tenido un momento cualquiera el sustituido. Ambas sustituciones se diferencian fundamentalmente, mientras en la directa hay varias liberalidades, una inmediata y las demás eventuales y una sola se ejecutan, en la indirecta hay también varias liberalidades, pero se ejecutan todas siempre sucesivamente; en la directa se organiza la transmisión por el testador y nunca el heredero tiene la obligación de restituir o entregar los bienes al sustituto, mientras que en la indirecta , el primer beneficiario está obligado a conservar y transmitir los bienes a los beneficiarios siguientes llamados por el testador.

De aquí se deduce que si la sustitución directa no tiene mas consecuencia importante que la eliminación de los sucesores abintestatos, la sustitución indirecta u oblicua tiene otro alcance social, mas trascendente, pues los fideicomisarios familiares de Austria, Rusia e Inglaterra, no son otra cosa que sustituciones fideicomisarias perpetuas, que tienen por fin el que tenían nuestros antiguos mayorazgos, la conservación del patrimonio para mantener el esplendor de las familias.

En Roma nacieron las instituciones a consecuencias del odio o repugnancia que sentían a la sucesión abintestato con el fin de favorecer la sucesión testamentaria, se admitió esta forma de instituir herederos, pero en el derecho moderno, aquella causa del derecho Romano no tiene razón de ser y por tanto su fundamento esta en que son una consecuencia de la voluntad del testador, cuya manifestación debe ser respetada y cumplida.

Las leyes modernas, entre ellas el Código Alemán se ocupa de la sustitución dentro del mismo titulo destinado a la institución de heredero y reglamenta la sustitución vulgar y fideicomisaria. Igual sucede en el Código Suizo y Turco.

En el Código Francés solo abrió puerta para la sustitución vulgar, Italia, de igual manera reconoce esta sustitución, reglamentándola en sentido estricto, plural o reciproca.

El de Portugal admite cuatro formas de sustituciones que en Roma se presentan con gran rigurosidad. En Argentina la legislación solo permite la sustitución vulgar, ésta y la fideicomisaria en Colombia, el Código Civil Mexicano solo admite la vulgar, prohibiendo expresamente la fideicomisaria de igual manera lo hace el de Uruguay. El Código Español admite la sustitución vulgar, pupilar, ejemplar, y fideicomisaria. El Código Panameño y Brasileño, solo admiten dos clases de sustituciones; la vulgar y fideicomisaria.

Nuestro Código Civil Nicaragüense solo admite en su regulación la sustitución vulgar de la cual abordaremos en el siguiente apartado.

En lo que respecta al derecho de acrecer, según **Winscheid**, el derecho de acrecer se funda en el principio de que por el llamamiento de varias personas a un mismo todo, cada una llamada en cuanto al todo y que la división entre los llamados conjuntamente surge solamente del hecho de que uno de ellos, concurra a adquirir, habiendo un solo todo; por ello, cuando uno de los llamados no concurre a la adquisición el otro conjuntamente llamado recibe tanto de mas cuanto el otro deja de adquirir. **Ruggiero** resume las características diciendo, las condiciones y supuestos necesarios para que el acrecimiento tenga lugar son las siguientes:

a) Precisa un llamamiento de varios conjuntamente y sin distribución de partes. Puede ocurrir esto tanto en las sucesiones legítimas, cuanto en las testamentarias. El llamamiento conjunto en las primeras tiene lugar cuando por virtud de la ley, concurre varias personas del mismo grado (por ejemplo, hijos del causante); como el grado subsiguiente no entra a heredar sino en defecto de todos los llamados de grado anterior, la parte del que falta acrece a sus coherederos en proporción de sus cuotas.

En la sucesión testamentaria tiene lugar cuando el testador en un mismo testamento y por una sola disposición instituye varios herederos sin hacer distribución en parte entre ellos, por ejemplo, si dice: instituyo heredero a Ticio Cayo y Mario, no hay acrecimiento: 1- Si los herederos son instituidos en dos o

más testamentos; 2- Si lo son en una sola, pero por disposición distinta; 3- Si las cuotas son atribuidas nominativamente, aunque tengan todas igual cuantías, " Se entiende hecha la distribución de parte en el caso tan solo de que el testador señale expresamente una cuota para cada llamado. La parte de quien no hereda acrece a los coherederos, pues el llamamiento conjunto excluye que en el lugar del heredero que no hereda sub entren los sustitutos y sino hay, los sucesores ab intestado.

b) Es preciso que haya también una porción Vacante es decir, que no haya adquirido el coheredero. Esto es cuando unos de los llamados conjuntamente renuncia o premuere al de cujus, o es incapaz o no se cumple la condición bajo la cual fue instituido.
c) Se requiere, finalmente, que no quepa el derecho de representación, por el cual los descendientes de un heredero premuerto, ausente o incapaz suceda en herencia a que este era llamado, ocupando su lugar, pues siendo, en tal caso, el heredero que falta representado por sus descendientes hace que deje de estar vacante la porción que a aquel correspondía.

El efecto que el acrecimiento produce es el que el heredero que tiene derecho de acrecer adquiere las cuotas del que no hereda, tal como a este hubiera correspondido teniendo que soportar las cargas y cumplir las obligaciones a que estaría sujeto el heredero que no hereda.

El reconocimiento del derecho de acrecer es reconocido en las legislaciones hispano americano; el Código Argentino dispone que el derecho de acrecer es el que nace de la voluntad presunta del difunto a una legatario o heredero de aprovechar la parte de su colegatario o coheredero cuando este no esté o no la recoge, no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias.

Bolivia dentro del capítulo de la aceptación y de la renuncia y de las herencias vacantes se ocupa de las particularidades respecto al derecho de acrecer.

El Código de Chile, Colombia, Ecuador, no admiten el derecho de acrecer, sino en la sucesión testamentaria toda vez que establecen el destino de un mismo objeto o dos o más asignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de este se juntan a las porciones de los otros, se acrece a ellos. Guatemala no reconoce este derecho, sino cuando expresamente lo determina el testador; Honduras, Costa Rica admiten el derecho de acrecer, no así el Código Civil Mexicano, el Código Peruano, no contiene precepto alguno cobre este tema; el Código Salvadoreño reconoce el acrecimiento en la sucesión testamentaria. El Código Estado Unidense y el de Venezuela; reconocen el acrecimiento dando el derecho a los coherederos y colegatarios.

Nuestro Código Civil Nicaragüense reconoce dicho derecho plasmado en los Artículos 1177 al 1190 del Código Civil.

1.3 En Nuestro Derecho:

En nuestro Código Civil vigente que data de 1904, en este cuerpo de leyes, solo es aceptable la sustitución vulgar.

Esta sustitución tiene lugar en nuestro derecho actual, cuando el heredero muere antes que el autor de la sucesión; no puede o no quiere aceptar la herencia, es decir, es incapaz o repudia la herencia.

El Código Civil no prohíbe la sustitución fideicomisaria, pero si, nos da a entender en el Articulo 1191C "La sustitución vulgar es la única permitida por este Código".

Se entiende por sustitución fideicomisaria "Aquella en que se llama un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria[4].

Una sustitución fideicomisaria viene a impedir por completo el libre ejercicio del dominio, puesto que se impide del hecho al heredero disponer de los bienes que recibe por herencia, ya que queda obligado de que todos esos bienes que ha recibido con motivo de esa herencia, debe trasmitirlo, a su vez, a una persona determinada por lo tanto, viene, teniendo el carácter de usufructo de tales bienes.

[4] Articulo 1164 del Código Civil de Chile.

Por ser la sucesión , un medio de transmisión de bienes a titulo universal y por causa de muerte y la base fundamental de la transmisión de los bienes , consiste en que el causa habiente debe de tener la libre disposición de los bienes , puesto que de lo contrario no operaría en realidad ninguna transmisión propiamente dicha, esta se caracteriza fundamentalmente, por la posibilidad de disponer de los bienes, que es en lo que consiste esencialmente el dominio por lo que seria nula las condiciones que limitan el dominio.

Esta institución tiene por objeto que se abra la sustitución legitima, es obvio que el sustituto reciba la herencia en las mismas condiciones y con los mismos gravámenes y en general tal y como debería de haberlo recibido el heredero substituido.

Por ultimo debe aclararse que la nulidad de una substitución fideicomisaria, solo importa la nulidad de la cláusula que contenga esta substitución, pero no la institución de heredero o la del legatario y el efecto es que solamente se tiene por no escrita la cláusula fideicomisaria.

CAPITULO II

DEL DERECHO DE SUSTITUCIÓN.

2.1 CONCEPTO:

Llamamos sustitución el nombramiento, por acto de la última voluntad de un heredero o legatario en subrogación del primer nombrado en primer lugar.

Según el Diccionario Jurídico Elemental de Guión sustitución "es el nombramiento de un heredero que ha de ocupar el lugar del primero, en los casos de no querer o no poder heredar éste".

Según **La Faillé**: se entiende por sustitución en materia hereditaria la disposición por la cual el testador instituye en orden subsidiario una persona para el caso de que el instituido en primer término, no llegue a ser heredero.

Según **Baqueiro Rojas** "es la designación de un segundo heredero que sustituya al primeramente nombrado en caso de que éste fallezca antes que el testador, o de que no se cumpla la condición, sea incapaz de heredar o renunciar a la herencia".

Según el **Código Civil Español**, Arto 774 "puede el testador sustituir una o mas personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia.

En general las sustituciones pueden ser definidas como “disposiciones testamentarias por la que el testador llama a un tercero a la herencia o legado, en defecto de otra persona o después de ella”. De acuerdo a lo expuesto por conjunción de todo, hemos definido el derecho de sustitución como aquel en que se nombra a un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepta o que, antes de definirse la asignación llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual.

Esta definición nos enumera las siguientes circunstancias que han de presentarse para que se de la sustitución testamentaria como son:

- La voluntad del heredero.
- Cualidad y condición
- Capacidad.

La voluntad es el elemento generador del testamento dotándole de fuerza y eficacia con anterioridad a todo, donde la indicación de la persona, o cosa debe hacerse con claridad y en consonancia con lo querido por el testador.

La cualidad y condición expresa, la posibilidad “no querer aceptar la herencia o por no poder recibirla en razón de su incapacidad o indignidad para suceder mortis causa; y también por haber muerto antes que el testador o muerte simultanea de este con el heredero”. Lo anteriormente es el hecho de dependencia conocido como futuro e incierto.

La sustitución es un segundo llamamiento en el caso en que el primer llamado a heredar no lo haya hecho. Se presenta por la necesidad de que haya un verdadero heredero para que haga cumplir en su totalidad la voluntad de su testador y de igual manera como es uno de los objetivos de la sucesión es la representación y continuidad del difunto.

La capacidad del sustituto es la misma que se exige para ser instituido heredero, los efectos de la sustitución son los mismos que la institución hereditaria. Además de la capacidad se necesita la aceptación del sustituto para heredar.

2.2 CLASES DE SUSTITUCIONES.

Existen fundamentalmente dos clases de sustitución:

1. La sustitución directa, por la que se llama a la persona en defecto del primer favorecido, por ejemplo la sustitución vulgar o común.
2. La sustitución indirecta, por la que se llama a una persona, después de otra, ejemplo: sustitución pupilar, ejemplar o cuasi pupilar, fideicomisaria.

De las cinco sustituciones mencionadas que eran comunes en el Derecho Romano, nuestra legislación Civil Nicaragüense en el Arto 1191 dice: “la sustitución vulgar es la única permitida por este código, y se encuentra reglamentada de la siguiente manera:

a) El testador puede libremente nombrar a una o mas personas de forma sucesiva como substitutas del heredero o herederos instituidos, si estos no quieren o no pueden aceptar la herencia.
b) La sustitución puede darse entre varios herederos directamente instituidos.
c) Los substituidos deben recibir la herencia exactamente en las mismas condiciones en que la hubiera recibido el heredero instituido, salvo disposición en contrario.
d) El testador puede nombrar un heredero instituido y un substituto, un heredero instituido y varios substitutos o varios herederos instituidos y varios substitutos.

DIFERENCIA ENTRE LA SUSTITUCIÓN VULGAR Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

La sustitución vulgar es una sustitución subsidiaria o defectiva, pues el causante quiere que solo sea eficaz uno de los nombramientos y para ello, además del llamado con carácter preferente, hace uno o varios llamamientos eventuales. En cambio, la sustitución fideicomisaria contiene nombramientos sucesivos, de manera que la pluralidad de llamamientos es reveladora de la pluralidad de favorecidos y tendrán el patrimonio hereditario uno después del otro.

SUSTITUCIÓN VULGAR[5].

2.2.1 CONCEPTO:

Es aquella que permite al testador sustituir con una o mas personas al heredero o herederos instituidos para el caso de que éste o éstos no lleguen a serlo. Según **Roca Sastre** la sustitución vulgar es " la disposición testamentaria en virtud de la cual el testador nombra a un segundo o ulterior heredero o legatario para el caso o en previsión de que el anterior heredero instituido o legatario llamado no llegue efectivamente a serlo por no poder o no querer.

Como se ha indicado, a la sustitución vulgar se le califica también de directa para indicar que el sustituto no recibe la herencia a través del instituido, sino directamente del testador. Fallecido el causante o testador le sucederá o el instituido heredero o legatario, en su defecto, el sustituto, es decir habrá una sola sustitución: o la del instituido o la del sustituto. En otras palabras se puede decir que la calificación de directa aplicada a la vulgar sirve para indicar que el sustituto no recibe a través del instituido, sino directamente del testador o sustituyente.

De lo antes dicho se deduce que esta sustitución concede al testador el medio de lograr que le suceda un heredero de su libre elección. En todo caso no habrá más que un efectivo beneficiario y una sola transmisión la del causante al nombrado que en definitiva llegara a heredar.

[5] Rivas Martínez, Juan José. Derecho de Sucesiones Común y Foral. Ed. Dykison. Madrid. 1992. Pág. 9.

2.2.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la sustitución vulgar la doctrina esta polarizada , fundamentalmente en torno a tres posturas: la que considera que es una mera previsión sucesoria del testador ; la que mantiene que es verdadera institución condicional; y la que, situándose en una posición intermedia, distingue entre los supuestos de renuncia y los de premoriencia e incapacidad.

a) **LA SUSTITUCIÓN VULGAR ES UNA MERA PREVISIÓN SUCESORIA DEL TESTADOR:** La sustitución vulgar no es más que una previsión sucesoria del testador, semejante a la que adopta la ley en los llamamientos sucesivos del ordenamiento intestado. Es llamada una persona, y en defecto de ésta es llamada otra. Es un fenómeno análogo a la multiplicidad de designaciones de posibles sucesores en la sucesión intestada.

b) **INSTITUCIÓN CONDICIONAL**: La doctrina comparada considera que la sustitución vulgar es una verdadera institución condicional, pues el llamamiento al sustituto, es un heredero instituido en suborden solo para el caso de que el primer nombrado no pueda o no quiera heredar. La sustitución vulgar es pues, una institución condicional, un llamamiento a la herencia en la cual la condición suspensiva “consiste en el acontecimiento futuro e incierto de que no sea heredero el instituido en

el primer llamamiento, o lo que es lo mismo que el llamado en primer lugar no quiera o no pueda aceptar la herencia.

c) **POSICIÓN INTERMEDIA:** Esta postura, es la más acertada. Parte de la idea de que en realidad es conveniente distinguir entre los casos en que el llamado o instituido no pueda aceptar la herencia y los casos en que no quiera.

En el primer caso, el llamamiento a favor del sustituto es eficaz desde la apertura de la sucesión, no hay ninguna condición que haya de cumplirse al fallecer el testador o posteriormente.

En el segundo caso, en cambio habrá un verdadero llamamiento condicional al sustituto, pues la eficacia de su declaración depende, esta condicionada, a la renuncia o no del instituido.

2.2.3 EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR.

Es admisible el caso en que los sustitutos pueden ser nombrados conjunta o sucesivamente. Si son conjuntos, salvo disposición contraria del testador heredaran por partes iguales, si son sucesivos son también sustitutos del instituido.

Cuando se nombra un sustituto a dos o mas personas herederos, no es necesario que falten todos para que la sustitución sea eficaz, salvo voluntad contraria del testador.

Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución a no ser que claramente ofrezca haber sido otra la voluntad del testador.

Cuando son instituidos dos herederos con sustitución reciproca, en partes desiguales y el que tiene la mayor cuota es el que puede o no quiere aceptar la sucesión. Pero para ser sustituto reciproco es necesario haber aceptado la herencia, por que la cualidad la vincula aquí el testador a la condición de heredero. En todo caso el sustituto estará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

¿Cuándo se produce la delación hereditaria? Se puede considerar a la sustitución vulgar como una institución sujeta a condición suspensiva la cual retrasa la delación hereditaria al momento mismo de su cumplimiento. Por ello, la delación a favor del sustituto tiene lugar sin que su titular adquiera la herencia, el derecho a ella o Jus Delationis que nació de la institución o al momento de la muerte del causante si tal derecho no llego a nacer ,por ejemplo, cuando el instituido premurió al causante. Si al morir el testador el instituido vive y es capaz y la institución no es nula, recibe la delación y en este momento el sustituto adquiere una expectativa de la suya. En caso contrario no hay delación para él y sí la hay para el sustituto.

SUSTITUCIÓN PUPILAR[6]:

2.3 CONCEPTO:

Se puede considerar la sustitución pupilar como aquella en que los padres y demás ascendientes pueden ordenar nombrando sustituto a sus descendientes menores de catorce años, para el caso de que mueran antes de dicha edad.

2.3.1 NATURALEZA JURÍDICA:

De origen romano es la sustitución pupilar. Su existencia en el ordenamiento jurídico romano respondía a la necesidad de evitar que el menor muriese sin testamento antes de llegar a la edad de testar.

La sustitución pupilar era la que el Páter podía imponer a un impúber para el supuesto que falleciere antes de alcanzar la pubertad. De esta manera se evitaba que se dispusiera de todos sus bienes, no solo de los que los dejaba el sustituyente en su propio testamento[7].

En cambio en aquel proyecto se cambia totalmente el sentido de esas sustituciones .En él se prohibía con carácter general las sustituciones fideicomisarias, excepto la ordenada por el abuelo en favor de su nieto, en otras palabras, la que tenía un carácter familiar estricto. La admisión de la

[6] Rivas Martínez, Juan José. Ob Cit. Pág. 21
[7] Diez Picazo, Luis. Instituciones de Derecho Civil. Ed. Tecnos, S.A. Vol. II. Madrid 1998. Pág. 278

pupilar era otra excepción a aquella regla. El testador haría un llamamiento sucesivo de su herencia[8].

Existen dos tesis que tratan de responder si la sustitución pupilar o la ejemplar ¿es o no un testamento del impúber o del incapaz realizado por el causante sustituyente?:

a) Primera tesis o tesis amplia: La sustitución pupilar o ejemplar es un testamento del impúber o incapaz realizado por el ascendiente. Consecuencia de ello, es que la sustitución comprenderá todos los bienes que el pupilo, cualquiera que fuera su procedencia, deje a su fallecimiento. Es decir el sustituto sucede no solo en los bienes que el impúber recibe del sustituyente, sino en todos los bienes relictos, sean de la procedencia que fueren.
b) Segunda tesis o tesis estricta: La sustitución pupilar o la ejemplar son solo llamamiento sucesivos a la herencia del sustituyente (ascendiente), en el que queda condicionada la adquisición del sustituto a que el sustituido (impúber o incapaz) falleciese antes de llegar a cumplir los catorce años de edad, o muriese antes de llegar a la pubertad o falleciese después de los catorce años en su estado de enajenación mental. De aceptarse esta concepción ello implicaría que tales sustituciones incluirían, lógicamente, solo los bienes del sustituto (impúber o incapaz) hubiese recibido del ascendiente sustituyente.

[8] Proyecto del Código Civil Español de 1851.

2.3.2 ¿QUIÉNES PUEDEN SUSTITUIR?

Los padres y demás ascendientes, sin haber distinciones, por lo que podrán nombrar sustitutos todos los que siendo ascendientes del pupilo tengan capacidad para testar, es decir, no solo los que ejerzan la patria potestad.

También pueden sustituir pupilarmente (o ejemplarmente) cualquier ascendiente matrimonial o no matrimonial.

También podrán ser sustituyentes los padres adoptantes y los ascendientes de estos, respecto del adoptado, no los ascendientes de la familia anterior de éste, porque la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, salvo cuando el adoptado es hijo del conyugue del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido y cuando solo uno de los progenitores ha sido legalmente determinado y el adoptante es persona del mismo sexo al de dicho progenitor siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre y madre cuyo vinculo haya de persistir.

2.3.3 ¿QUIÉNES PUEDEN SER SUSTITUIDOS?

Pueden ser sustituidos los descendientes menores de catorce años de ambos sexos, por tanto el no distinguir, pueden ser sustituidos los descendientes de cualquier clase, o sea, cualquier descendiente menor de catorce años de filiación matrimonial o no matrimonial y los adoptados por su

adoptantes. No se precisa en la sustitución pupilar que el pupilo haya nacido, es suficiente con que este concebido.

2.3.4 ¿LA SUSTITUCIÓN PUPILAR IMPLICA LA VULGAR?

1- El sustituto nombrado para el caso de que el menor muera antes de los catorce años, ¿Debe considerarse también sustituto vulgar para el supuesto de que el menor, aun después de los catorce años llegue a ser heredero?

En derecho común, en puridad el problema de interpretación de la voluntad manifestada en testamento y su solución dependerá en cada caso concreto en los términos en que la sustitución haya sido ordenada .Ahora bien si no apareciere con toda claridad esta posibilidad debe de entenderse que por el mero hecho de cumplir el impúber los catorce años la sustitución queda extinguida , pues la condición es que el sustituto muera antes de esa edad, por lo que al cumplir los catorce años se extingue la sustitución y ello porque desde entonces la condición resulta incumplida .

2- Si premuere el sustituto al sustituyente ¿entra en posesión de la herencia del sustituto como si fuere vulgar?

Diez Picasso y **Gullón** creen mas conforme a la voluntad del testador la opinión afirmativa, salvo que este haya previsto tal hipótesis y haya nombrado a otra persona diferente como sustituto vulgar .Esta solución se basa en la idea que la sustitución pupilar (o ejemplar) lleva consigo una sustitución vulgar tácita

y debe de entenderse llamados con carácter preferente, el sustituto pupilar o ejemplar como sustitutos vulgares, desde el momento de la apertura de la sucesión.

2.3.5 EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR.

Según **Díez Picazo y Gullón**, mientras vive el sustituyente es obvio que la sustitución no producirá ningún efecto, sólo figura dispuesta para cuando llegue el momento en que empiece a ser operante, que será el de su muerte. Pero la plena efectividad, es decir, la adquisición de los bienes por el sustituto se producirá a la muerte del menor sin alcanzar la edad de catorce años o la muerte del incapaz mental sin haber otorgado testamento. De ahí que el llamamiento del sustituto este condicionado a estos eventos y deba, en su consecuencia, sobrevivir al sustituido para heredar, hasta entonces carece de delación perfecta.

2.3.6 EXTINCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR:

Aparte de las causas comunes a la extinción del cualquier disposición testamentaria, la sustitución pupilar se extingue, como se ha indicado, por cumplir el pupilo los catorce años de edad y por premoriencia del sustituto con relación al menor.

De una forma más concreta se puede indicar que la sustitución pupilar no surte o deja de surtir efectos en los casos siguientes:

1) Por alcanzar el impúber la edad de catorce años, dado que entonces ya podrá otorgar personalmente su testamento. No se precisa, pues, que el sustituido otorgue testamento para que resulte extinguida la sustitución pupilar.
2) Por nulidad del testamento en que se estableció la sustitución pupilar.
3) Por premoriencia del sustituto o sustitutos pupilares al pupilo impúber.
4) Por resultar incapaz para suceder o ser declarado indigno o el sustituto o los sustitutos pupilares, o por renunciar de éstos a la sustitución pupilar.
5) Por revocar o dejar sin efecto el ascendiente la sustitución pupilar ordenada, por otorgar otro testamento posterior y diferente a este punto.

SUSTITUCIÓN EJEMPLAR O CUASI PUPILAR[9]:

2.4 CONCEPTO:

Es la que pueden ordenar los ascendientes, nombrar sustitutos al descendiente mayor de catorce años que haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

Como dice **Puig Brutau**, la sustitución ejemplar en Derecho moderno no puede tener otra finalidad que suplir la falta de capacidad para otorgar testamento. Mientras la sustitución pupilar suple la falta de capacidad de los menores de catorce años, la ejemplar suple lo del que haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

[9] Rivas Martínez, Juan José. Ob cit. Pág. 32

2.4.1 NATURALEZA JURÍDICA:

Tomando como punto de partida particulares concepciones de la época clásica, Justiniano consagra una forma de sustitución que dedicó para los locos (incapaces) una sustitución análoga a la que el derecho antiguo había admitido para los impúberes.

Los ascendientes paternos o maternos de un furioso luego de haber instituido en la cuota legítima, pueden nombrarle un heredero para el caso de que muera sin haber recobrado la razón. El nombramiento del sustituto del furioso, de cualquier grado o sexo que este sea y aunque haya llegado a la pubertad compete al ascendiente paterno o materno, a este tipo de sustitución será aplicable, mutatis, mutandi.

2.4.2 ¿QUIENES PUEDEN SUSTITUIR?

Pueden ser sustituyente cualquier ascendiente del sustituido, no siendo obstáculo a la sustitución que el ascendiente no tenga la patria potestad sobre el descendiente.

2.4.3 ¿QUIENES PUEDEN SER SUSTITUIDOS?

Pueden ser sustituidos cualquier hijo o descendiente matrimonial, no matrimonial o adoptado que conforme a derecho haya sido o pueda ser declarado incapaz por enajenación mental.

2.4.4 EXTINCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR O CUASI PUPILAR.

Este tipo de sustitución quedara sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.

Así en la sustitución ejemplar no basta para que quede extinguida que el declarado incapaz por enfermedad mental recupere la razón, sino que es necesario que él mismo otorgue testamento. Si no lo hace seguirá siendo eficaz la sustitución ordenada por el ascendiente y no se abrirá la sucesión intestada.

Esta orientación ha sido criticada de forma diversa, **Lacruz** considera explicable la necesidad del testamento en todo caso, por la conveniencia de conservar la disposición del dueño originario de los bienes, mientras no la revoque expresamente el favorecido, otros (posición doctrinal mayoritaria) lo consideran como un criterio evidentemente exagerado, ya que no es suficiente el simple hecho de recobrar la razón el incapacitado, sino ser necesario además otorgar testamento válido.

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA[10].

2.5 CONCEPTO:

Se da la sustitución fideicomisaria cuando el llamado recibe facultades, pero la obligación de conservar y transmitir a su vez todo a parte del caudal relicto a un tercero, que es el llamado conjuntamente con aquel a la herencia.

[10] Rivas Martínez Juan José. Ob. Cit. Pág. 37

Su carácter fideicomisaria deriva del origen romano de la figura en que el testador, frecuentemente por instituciones privadas o casi siempre alejadas del modo iure civile, designaba un heredero, encargándole a éste dependiendo la eficacia del encargo de la buena fe del instituido la transmisión de bienes a un tercero, o sea en un verdadero encargo de confianza, por eso se llama fideicomiso (comisión de buena fe).

2.5.1 REQUISITOS:

Para que exista esta especie de substitución deben concurrir dos elementos esenciales:

a) Designación del heredero o substituto.
b) Afectación de los bienes al fideicomiso.

No es requisito esencial que la sucesión pase del primer heredero al segundo, pues ambos son herederos del testador, por que en el fondo de toda substitución fideicomisaria hay antes que nada una substitución vulgar salvo que constare de modo expreso la voluntad contraria por eso si el heredero instituido no acepta la herencia o repudia, ella pasara al fideicomisario. En tal supuesto solo habrá una herencia directa del segundo heredero, en virtud de una substitución simple. Lo mismo ocurriría si el primer heredero fallece antes que el testador.

2.5.2 CLASES DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA:

La sustitución fideicomisaria puede estar sometida bien a término o bien a condición, con lo que el fideicomisario en uno de otro caso adquirirá la herencia o el legado con el gravamen de que finalizado el término o cumplida la condición, haya transito al fideicomisario la herencia o legado fideicomitido.

2.5.a SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A TÉRMINO.

La sustitución fideicomisaria es a término cuando la restitución o entrega de los bienes del segundo llamado se ha de producir necesariamente al llegar un plazo.

Para que se verifique la sustitución no es necesario que el fideicomisario viva a un al cumplirse el plazo, será suficiente con que haya sobrevivido al testador; pues desde la muerte de éste adquiere un derecho definitivo a la sucesión. Ello es así porque el término lo único que hace es suspender la ejecución o efectividad, pero no la adquisición; al morir el causante ya se produce la doble delación a favor del fiduciario y del fideicomisario, solo que hay una prelación a favor del primer llamado (fiduciario) , el cual entra en la herencia antes que el fideicomisario. Pero éste (el fideicomisario) ya adquirió un derecho definitivo desde la muerte del testador, el cual sólo tiene suspendida su efectividad y como tal derecho constituye un elemento integrante de su patrimonio, y aunque fallezca antes del cumplimiento del término o plazo, transmite su derecho a los herederos.

2.5.b SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL:

Es condicional si esa restitución o entrega de bienes esta sometida al cumplimiento de determinado evento.

Al cumplirse la condición tiene lugar la apertura de la sustitución fideicomisaria en cuyo momento debe pasar la herencia al fideicomisario.

Para que se verifique la sustitución es necesario que el fideicomisario viva aun al cumplirse la condición, pues sólo a partir de entonces adquiere un derecho definitivo a la sucesión si muere antes de cumplirse la condición (aunque sobreviva el testador) no trasmite derecho alguno a sus herederos.

El fiduciario como consecuencia de lo dicho, podrá disponer de los bienes fideicomitido sub conditiones de no cumplimiento de la condición, aunque no en concepto de libres del fideicomiso pues esos actos dispositivos quedaran sujetos al evento del cumplimiento o incumplimiento de condición.

2.5.3 NOTAS CARACTERÍSTICA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA:

La sustitución fideicomisaria se caracteriza por dos notas:

a) Natural
b) Esencial.

Natural: que es la obligación de conservar los bienes o indisponibilidad impuesta al fiduciario; nota de la que pueda dispensar el testador al fiduciario apareciendo el fideicomiso de residuo.

Esencial: que es el llamamiento plural y cronológicamente sucesivo al fiduciario y fideicomisario; nota de lo que no puede dispensar el testador si no quiere prescindir de la sustitución fideicomisaria.

De acuerdo a esta nota esencial del llamamiento cronológicamente sucesivo, algunos Autores exponen lo siguiente:

a) Para **Lacruz**, dice en la sustitución fideicomisaria hay dos herederos, cada uno de lo cuales recibe el caudal o lo conserva durante un tiempo, generalmente mientras viva. Tanto el fiduciario como, en su caso, el único o los dos fideicomisarios reciben la herencia a titulo de heredero (son herederos sucesivos).

Osorio, en la misma línea, nos dice que el fideicomisario, aunque reciba los bienes después de haberlos tenidos, normalmente, hasta su muerte el fiduciario, no le sucede, ni trae causa de él, sino que lo recibe en virtud de llamamiento que a su favor hizo el testador fideicomitente, de quien es segundo heredero.

b) **Vallet** critica la citada postura considerando que el empleo de la palabra "heredero" en sentido vulgar o meramente económico a dado lugar a que, como la doctrina expuesta anteriormente, haya llegado a definir la sustitución fideicomisaria como instituciones sucesivas del testador , que llagara a serlo por el orden que este haya dispuesto, hablándose de heredero fiduciario y de heredero fideicomisario.

Puig Brutau, siguiendo a **Vallet**, nos dice que al fallecer una persona, incluso en los sistemas romanistas de la successio in jus, el fenómeno sucesorio implica un proceso de liquidación patrimonial que nos dará un remanente hereditario (pago de legitimas y de legados, para los acreedores del causante, en base al principio, "antes es pagar que heredar"). Es obvio que esta liquidación ha de tener efecto una sola vez con motivo de la sucesión de un mismo causante, aunque este haya llamado a varios de manera sucesiva.

2.5.4 RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS DE LA HERENCIA.

2.5.a RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO:

Roca sastre defiende la postura de que la responsabilidad del fiduciario es siempre limitada dada su condición de heredero temporal y que la confusión de su patrimonio con el caudal hereditario no es definitiva, por que desaparece al llegar el momento de la restitución. El fiduciario no es heredero libre y será injusto que tuviese que pagar deudas hereditarias no siendo los bienes completamente suyos.

Vallet, Lacruz, Puig Brutau, defienden la responsabilidad ilimitada del fiduciario, sino han aceptado la herencia a beneficios de inventario que el único y verdadero heredero del causante y no hay razón para apartarse de las normas generales, todo ello sin perjuicio de imputar las deudas por el pagador y los créditos que tuvieren contra el testador a la cuenta de la masa que debe restituir.

Hay que advertir que el que la responsabilidad del heredero fiduciario sea ultra vives o intra vives hereditates afecta decisivamente a los acreedores del causante, que son tercero en la relación entre fiduciario y fideicomisario y la responsabilidad de sus derechos reclama adecuadas garantías para no ser defraudado.

De la cámara, considera que si el fiduciario que es heredero ad tempus, no ha aceptado la herencia a beneficio de inventario responderá frente a los acreedores ilimitadamente pero en la medida que haya tenido que pagar deudas de la herencia de su propio peculio tendrá derecho de exigir el importe de lo satisfecho del fideicomisario, al hacer entrega éste de los bienes hereditarios.

2.5.b RESPONSABILIDAD DEL FIDEICOMISARIO:

Lacruz Berdejo, al considerar al fideicomisario también como heredero, responderá, por aplicación de las normas generales de la aceptación de la herencia, limitada o ilimitadamente según acepte o no a beneficio de inventario. Pero teniendo en cuenta que tal responsabilidad no simultánea con el fiduciario, sino sucesiva, al abrirse el llamamiento a su favor, distingue:

- Si el fiduciario acepto con beneficio de inventario y lo conservo.
- Si el fiduciario no solicito o si habiendo solicitado el beneficio de inventario lo perdió, ello no será obstáculo para que pueda pedirlo el fideicomisario y otorgado responderá limitadamente cum vinibus.

- Si el fideicomisario recibe la herencia ya liquidada aunque no solicite el beneficio de inventario su responsabilidad ha restringirse al caudal actual que recibe sin extenderse a sus bienes.
- Si el fideicomisario recibe la herencia no liquidada y no solicita el beneficio de inventario, responderá por aplicación de las reglas generales ilimitadamente, ultra vives hereditatis.

Vallet de Goytisolo, Puig Brutau, consideran que el fideicomisario solo responde cum viribus, limitadamente, por cuanto adquiere un conjunto de bienes objetivisados y solo cuando esta masa esta liquidada, entra en su patrimonio. Por tanto la herencia del testador fideicomitente no se confundirá nunca como tal con el patrimonio particular del sustituto fideicomisario. Adquiere a lo sumo, el remanente que quedare después de liquidada la herencia. Por eso, el sustituto fideicomisario, pero no el heredero fiduciario responde siempre limitadamente (cum viribus) de las deudas de la herencia.

Cumplido el plazo o la condición, es decir, llegado el momento en que los bienes fideicomitidos han de pasar al fideicomisario, incumbe al fiduciario (o a sus herederos) la obligación de restituir en base al orden sucesivo impuesto por el testador.

La restitución presupone la delimitación o determinación de los bienes gravados o fideicomitidos y afectara tanto a los bienes fideicomitidos

propiamente dicho como a los que tengan ese carácter por efecto de la subrogación real.

2.5.5 EXTINCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

Señala **Roca Sastre** que la sustitución fideicomisaria se extingue o queda sin efecto en los casos siguientes:

- Cuando es nulo el testamento en el cual se ha impuesto el fideicomiso.
- Cuando es nulo o inoperante el gravamen fideicomisario por superar el límite de llamamientos permitidos por la ley, pero tan solo en lo que excede de tales limites.
- Cuando todos los fideicomisarios renuncian a sus derechos en la sustitución fideicomisaria.
- Cuando son incapaces todos los fideicomisarios.
- Cuando todos los fideicomisarios han premuerto al testador, o cuando en los fideicomisos condicionales, los fideicomisarios han fallecidos antes de cumplirse la condición suspensiva.
- Cuando en los fideicomisos condicionales suspensivos queda incumplida la condición.

CAPITULO III

DEL DERECHO DE ACRECER

3.1 CONCEPTO:

Según **Roca Sastre** puede considerarse el derecho de acrecer como el incremento que la porción o cuota hereditaria de un heredero testamentario o intestado, que ha llegado ha hacerlo, experimenta por causa de no llegar a su heredero o coheredero llamado conjuntamente es decir, la sustitución de un heredero llamado a la herencia o legado que no concurre a ella por sus co-llamados.

3.2 FUNDAMENTO DEL DERECHO DE ACRECER.

Existen diversas posturas que pretenden fundar el acrecimiento, bien solo en la voluntad del testador, o bien en la simple vocación solidaria, la doctrina más aceptable considera que el derecho de acrecer tiene un fundamento primordialmente mixto. Su origen es la voluntad del causante o disponente y además, el llamamiento solidario[11].

Ambas piezas son fundamentales, aunque su importancia es diversa. La voluntad del causante es la pieza primordial, el origen fundamental del derecho de acrecer. Tanto es así que las reglas que regulan el acrecimiento no se aplican cuando el testador ha determinado lo que ha de hacerse cuando quede vacante

[11] Rivas Martínez, Juan José. Ob cit. Pág. 709 - 710

la parte de uno de los llamados, por ejemplo, cuando le ha nombrado un sustituto vulgar. Por tanto, la voluntad del causante es el motor para que exista el acrecimiento, mientras que el llamamiento solidario es el producto de esa voluntad, es decir, el llamamiento solidario no es la razón misma del acrecimiento, sino precisamente su efecto. Como dice **Puig Brutau**, que parte de la doctrina moderna afirme que el acrecimiento es un efecto del llamamiento solidario de varios sustituidos. Efectivamente ello es verdad, aunque solo en parte, pues, ese llamamiento tiene que estar basado en la voluntad expresa o presunta del testador que llama solidariamente a varios herederos a toda su herencia o a una cuota de ella sin partes determinadas. El acrecimiento es un efecto que debe producirse cuando existe una forma especial de vocación hereditaria: la vocación hereditaria o llamamiento solidario.

Dos son las condiciones precisas para que se produzca el derecho de acrecer entre una pluralidad de herederos a saber:

1) Que se hallen solidariamente, o sea, a toda la herencia, cuota u objeto particular, sin especial designación de partes entre ellos.

2) Que alguno de los que debían recibir la herencia no la recibe, o sea, que haya una vacante de persona. Esta vacante de persona es lo que da como resultado lo que comúnmente se denomina “porción vacante”.

3.3 DERECHO DE ACRECER EN LA SUCESIÓN TESTADA[12].

3.3.1. REQUISITOS:

Para que el derecho de acrecer tenga lugar es necesario que se den los siguientes requisitos:

a) **Conjunción en los llamamientos:** como ya se ha indicado para que tenga lugar el derecho de acrecer es necesario que sean dos o mas personas los llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes. De estas palabras podemos extraer las siguientes consecuencias exponiéndola de los supuestos más claros a los más dudosos.

Casos en que claramente se da el derecho de acrecer. No hay especial designación de partes y por tanto, procederá el derecho de acrecer:

- En la llamada institución simple. Esta aparece cuando el testador llama a varias personas solidariamente a una misma herencia o una misma cuota de ella, sin hablar para nada de partes.

En este supuesto no aparece haber duda alguna, producida una porción vacante se dará el derecho de acrecer, pues se consideran instituidos por partes iguales.

[12] Rivas Martínez, Juan José. Pág. 711 – 718.

- En la llamada institución "ex aequis portionibus". Aparece cuando el testador llama a varios a una herencia designando partes, mediante el empleo de las frases "por mitad", "por partes iguales" y otras de este tipo.
- Cuando el testador, declara expresamente que se produzca el derecho de acrecer, invocándolo nominalmente.

3.3.2. CASOS DUDOSOS. ¿QUÉ SUCEDE CUANDO LA DESIGNACIÓN SE HACE POR PARTES ALÍCUOTAS?

Según la legislación Civil Española referente al derecho de acrecer establece que es un problema de interpretación de la norma, que aunque dictada con la mejor de las intenciones no es un dechado de claridad: la frase "por mitad o por partes iguales " u otras que, aunque designe parte alícuota, no fijan esta numéricamente o por señales que haga a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separados , no excluyen el derecho de acrecer, lo que resulta que entrara en juego el derecho de acrecer solo cuando el llamamiento se ha hecho por mitad o por partes iguales; quedara excluido cuando se fijen partes alícuotas numéricas por ejemplo, por iguales, novenas partes, por décimas partes, etc. Sin embargo esta interpretación como dice **Lacruz** seria contraria a la lógica, ya que la mención innecesaria de un número que no puede obedecer a ningún designio especial en la mente del testador, no puede servir para eliminar una conjunción que realmente existe.

No basta la designación de una parte alícuota numérica para que quede excluido el derecho de acrecer. Así, las partes alícuotas ideales, aunque sean

numéricas no excluyen el derecho de acrecer, por ejemplo: la frase "por iguales, novena parte" referida a nueve interesados, es lo mismo que por iguales partes. Según **Lacruz** y **Castan** precisan que la institución por partes iguales (sin necesidad de mención del numero) implica acrecimiento, mientras que la institución partes alícuotas desiguales (por ejemplo, unos el 60% y otros el 40%) lo excluye. Según este criterio, no solo se da el derecho de acrecer cuando los herederos están instituidos sin especial designación de partes también cuando están designados en partes numéricas iguales, excluyéndose cuando lo están en partes desiguales.

3.3.3. CASOS CLAROS EN QUE NO SE DA EL DERECHO DE ACRECER.

Hay especial designación y por tanto, quedara excluido el derecho de acrecer cuando a cada coheredero se le asigne un cuerpo de bienes separados, por ejemplo, si el testador instituye heredero a dos personas, disponiendo que a uno de ellos se le adjudiquen los bienes muebles y a otro los inmuebles.

b) Porción Vacante.

Entiéndase por tal cuando uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie a la herencia o sea incapaz de recibirla.

En otro sentido la doctrina considera que se dan otros motivos que originan el derecho de acrecer como:

1. Por ser nula la disposición testamentaria que favorecía a uno de los herederos llamado conjuntamente.

2. En el caso de institución de heredero bajo condición suspensiva, en cuyo supuesto se confía la administración de la herencia al heredero o herederos instituidos sin condición, cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer, de manera que incumplida la condición de la parte vacante acrecerá a los coherederos que tengan tal derecho.

3. Cuando la porción vacante se produzca por razón del cumplimiento de una condición resolutoria.

4. Cuando no nazca un concebido que haya sido instituido, o naciendo, nazca sin viabilidad, en caso de la legislación Española, vitalidad en nuestra legislación.

5. Cuando prescriba el derecho de aceptar la herencia de uno de los herederos conjuntos.

3.3.4. QUE NO EXISTA VOLUNTAD CONTRARIA DEL TESTADOR AL DERECHO DE ACRECER.

Esta voluntad aparecerá tanto si se ha limitado a prohibir el acrecimiento, como si ha procedido a nombrar un sustituto vulgar al heredero.

Si se ha limitado a prohibir el acrecimiento, la porción vacante quedara sin disponer por testamento y pasara, por tanto, a los herederos intestados. En este sentido, la sucesión testamentaria cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiere designado sustituto, pasara a los herederos legítimos del testador, los cuales lo recibirán con las mismas cargas y obligaciones.

Si el testador ha procedido a nombrar un sustituto vulgar el heredero, entonces pasara a este sustituto la porción vacante y no habrá lugar al derecho de acrecer.

3.3.5. ¿ES VOLUNTARIO O FORZOSO EL DERECHO DE ACRECER EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA?

Ante este problema la doctrina Española se encuentra muy divida .Ha habido en ella una verdadera disparidad de criterios, apareciendo toda clase de posiciones[13].

a) La de aquellos como **Roca Sastre** y **Castán**, que entendiendo que es voluntario. **Castán** dice que el derecho de acrecer es voluntario no solo con respecto al testador, sino también con relación al heredero. El testador puede prohibirlo en su testamento, aun tratándose de herederos conjuntos, porque el testamento es la ley, fundamental de la sucesión. El heredero o legatario podrá renunciar al derecho de acrecer, aunque acepte su propia parte hereditaria o su propio legado, porque todos los derechos son, por regla general renunciables, por lo que la aceptación de la herencia no pueden, hacerse en parte, pueden considerarse como herencias distintas la porción personal y la porción que acrece.

b) La de aquellos que consideran forzoso el derecho de acrecer.

Así, **Gonzalo Palomino**, **Royo Martinez**,**Beltrán de Heredia, Diez Picazo, Gullón, Albaladejo,** estiman que el acrecimiento no es un nuevo derecho

[13] Rivas Martínez, Juan José. Ob cit. Pág. 715, 716, 717.

conferido a aquel quien corresponde, ni una nueva delación susceptible de repudiación o aceptación, sino un efecto expansivo de la primera y única delación, que se produce(ipso iure), automáticamente. **Royo Martínez** afirma que tanto si el acrecimiento se quiere fundar en la voluntad presunta del causante, como si se prefiere basarlo en la voluntad objetiva de ley, siempre resultará ampliada la cuota hereditaria a la que es referible la delación única y no habrá dos delaciones o llamamientos distintos susceptibles de aceptación o repudiación independientes. El acrecimiento no es un derecho, ni una nueva y segunda delación susceptible de aceptación o repudiación independientes, sino un efecto de la primera y única delación, algo que podríamos comprobar, a titulo de ejemplo exclusivamente con una acción al llamamiento único que el testador o la ley contiene.

c) La de aquellos que como **Lacruz** se colocan en una posición intermedia y consideran que en principio el acrecimiento es forzoso. El problema es de solución discutible, lo fundamental es que el causante no tenía la intención de producir dos vocaciones, sino una vocación en el todo y eso es lo que se desprende de los antecedentes históricos tal como lo recoge la legislación.

En consecuencia, en principio, el acrecimiento es forzoso y por eso los coherederos no estarán obligados a emitir una nueva declaración de aceptación ante la desaparición de uno de ellos. Ahora bien, si admitimos que se da el acrecimiento cuando el heredero que falla estaba especialmente gravado, la cuestión presenta otro cariz.

El heredero acepta, con una sola manifestación, la porción de bienes que eventualmente le puedan corresponder y los gravámenes que pesan homogéneamente sobre todos los bienes, pero no es presumible que acepte las cargas que se imponen a uno de sus coherederos. Acaso podrían diversificarse, entonces, los dos llamamientos, entendiendo que el acrecimiento funciona aquí mas bien como una sustitución reciproca.

En suma concluye **Lacruz** diciendo que cuando los gravámenes son homogéneos, el acrecimiento se produce forzosamente, mientras que si la porción originaria y la nueva constituyen individualidades distintas, por ser esta (por los gravámenes que comporte) más onerosa, podrá repudiarla el heredero.

Vallet hace a esta postura algunas matizaciones en relación fundamentalmente, a aquellos supuestos de llamamiento que **Lacruz** califica de no homogéneo, considerando sostenible que era heterogeneidad excluye el supuesto de hecho que fundamenta el acrecimiento como presuposición de la voluntad de testador, es decir, que quepa entender que el gravamen heterogéneo de las cuotas equivalga a una especial designación de parte y a la formación de un cuerpo de bienes separado, excluyentes del normal acrecimiento. Y si, conforme el tenor del testamento, se ordenare en este caso el acrecimiento, cabría deducirse que la voluntad del testador fue mas propiamente la de ordenar una sustitución vulgar recíproca en la que como tal no existiría incompatibilidad entre aceptar la cuota de la propia institución y repudiar la que le es deferida como sustituto de otro instituido.

3.3.6. ¿LA PORCIÓN VACANTE SE ADQUIERE CON LOS GRAVÁMENES QUE EL TESTADOR HABÍA IMPUESTO AL NOMBRADO O LIBRE DE ELLOS?

Según la legislación Española, los herederos a quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla.

De acuerdo al párrafo anterior la doctrina establece las siguientes indicaciones:

a) El acrecimiento, aun siendo normalmente "cum onere", no debe comprender las condiciones y los gravámenes que estén impuestos de modo personal al coheredero que vague, es decir el traspaso de las cargas y obligaciones, sólo se dará cuando la índole de la misma permita cumplirlas al beneficiario, en función de sus circunstancias, o lo que es lo mismo, que no sean personalísimas del titular de la porción vacante.
b) El testador lo mismo que puede excluir el acrecimiento, inversamente puede dispensar que, al efectuarse, grave a quienes acrezca las cargas y condiciones impuestas al llamado que premurió, fue incapaz, no cumplió la condición o renuncio.
c) Para el caso que el testador nada hubiere previsto se puede mantener con **Roca Sastre** que ambas porciones se producen como casos separados, de modo que las cargas que afectan a la porción originaria no se extiende a la porción acrecida, ni las que ésta soporta por que contaminan la porción originaria.

3.4 DERECHO DE ACRECER EN LA SUCESIÓN FORZOSA[14].

3.4.a. Acrecimiento en la legítima: si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio y no por el derecho de acrecer.

Según **Albaladejo** al decir que naturalmente en la legítima hay derecho como figura consistente en que si lo que corresponde (la legítima) aun grupo, (los legitimarios) participan menos (por que alguno falla por la razón que sea) tocan a mas. Y como el aumento de la parte de lo que si toman se basan en igual razón (acumularse en los que quedan la cuota de los que faltan, por que eran llamados todos al todo) no hay razón para decir que cuando se trata de la legitima no es un acrecimiento, sino un engrosar por otro concepto.

Ese acrecer unos legitimarios (los que reciben legítima) la parte de estos (los que no la reciben) no es aumento de la cantidad de herencia que toman, sino de la cuota de bienes del causante a que tienen derecho.

3.4.b. Acrecimiento en las mejoras: el problema de acrecer en las mejoras ha dado lugar a la doctrina a una forma de posiciones divergente entre los partidarios de su rechazo y su aceptación.

La doctrina a dado lugar a dos claras posturas:

a) Los que estiman que en la mejoras no cabe el acrecimiento sucesorio.

[14] Rivas Martínez, Juan José. Ob cit. Pág. 718 – 724.

b) Los que proclama la mera admisibilidad del derecho de acrecer, siempre que se den las circunstancias y los requisitos para ello.

➢ POSTURA NEGATIVA:

Según **Sánchez Román**: para éste el derecho de acrecer no es aplicable en modo alguno entre co-mejorado, es decir que no existe legalmente el derecho de acrecer con relación al tercio destinado a mejorar.

Fundase esta opinión negativa en que dos o mas co-mejorados fueran llamado al tercio de mejoras, sin especial designación de partes y que algunos de los llamados muera antes que el testador o renuncie a la herencia (es decir la mejora) o sea incapaz de suceder.

Según **Manresa**, por una parte la mejora es como parte de la legitima, por otra, el derecho de acrecer solo tiene lugar respecto a la parte de la libre disposición aunque en la mejora exista cierta relativa libertad para disponer, nunca es la parte libre o de la libre disposición en absoluto por lo que nunca procede el derecho de acrecer si habiendo varios descendiente co-mejorado queda una porción vacante, en ella suceden por derecho propio los demás que sean legitimarios. Los coherederos son solo los coparticipes en la legítima y no en toda la herencia o la parte de libre disposición.

Según **Castan** siguiendo esta postura negativa considera que en cuanto a la cuota legitimaria no hay derecho de acrecer por que los coherederos

sucederán en ella por derecho propio (o representación) y por derecho de acrecer.

➢ POSTURA AFIRMATIVA:

La mejora es una de las dos terceras partes destinada a la legitimidad; pero con la especialidad respecto a la legitimidad estricta, que el testador puede disponer libremente a favor de los hijos o descendientes. En frase grafica podría indicarse que en la herencia hay dos terceros de libre disposición:

- El llamado propiamente como tal, que puede atribuirse en todo o en parte, sin limitación subjetiva, alguna, a favor de la persona que el testador tuviere por conveniente y,
- El llamado de mejora, que aunque es de libre atribución, esta limitado en el ámbito subjetivo o personal a favor, necesariamente de hijos o descendientes.

La doctrina se inclina por admitir el derecho de acrecer en la mejora cuando se den las circunstancias o requisitos para ello como son la conjunción de llamamientos, la porción vacante y que no exista la voluntad del testador contraria al derecho de acrecer. Y es que el acrecimiento se da en las mejoras como en toda parte, cuando concurren sus presupuestos.

Según **Vallet**, se ha abierto paso en la doctrina la solución de cuando se den los presupuestos se estime aplicable el derecho de acrecer a la mejora; pues:

a) Si el derecho de acrecer tiene lugar en la parte de libre disposición parece lógico afirmar esta parte de la legitima de que pueda disponer el testador aunque limitadamente, porque a su respecto no puede admitirse que sus coherederos sucedan al difunto por derecho propio. Y;
b) Si se consiente en la mejora la sustitución fideicomisaria y la imposición de gravamen que es lo más, en cuanto a ella, no puede rehusarse el derecho de acrecer derivado de la voluntad del testador que es lo menos.
c) **Piug Brutau** pone un ejemplo sencillo y claro, vamos a suponer que el testador tenga tres hijos, atribuye el tercio de estricta y mejora en el otro tercio a solo dos de los legitimarios, si en tal caso falta uno de estos dos no parece dudoso que hay base en la voluntad del causante para atribuir al tercio de mejora al otro de los llamados conjuntamente.

De la camara nos dice que la legítima no es una parte de la herencia a lo que los legitimarios están llamados por ministerio de la ley, sino que constituye tan solo una limitación impuesta a las facultades dispositivas del testador, mas éste esta facultado para dejar la legitima por cualquier titulo. Así, si un testador tiene tres hijos y les instituye por partes iguales, no tendrá sentido que la porción del que renuncia a la herencia no acrece a los demás. Lo que significa que si un heredero renuncia a la misma (lo mismo si es indigno de suceder o ha sido injustamente desheredado). El circulo de los legitimarios se reduce a los restantes del mismo rango, de suerte de que a todos los efectos se prescinde del legitimario renunciante en el supuesto de que se haya dejado a los herederos forzoso en el tercio libre el derecho de acrecer funciona con arreglo a

sus presupuestos normales. Y lo mismo acontece si a legado en la misma forma, es decir en virtud de disposición especial, el tercio de mejora por parte de él. El equivoco consiste en no haber entendido que, en rigor , la mejora (que solo existe cuando efectivamente el testador hace uso de la facultad de mejora y siempre en el supuesto de mejora de cuota) es una porción la herencia de libre disposición limitada (porque de ella solo puede disponer dentro del circulo de sus hijos o descendientes, pero con ese condicionamiento, fundamentalmente desde luego, no hay inconveniente sobre todo a los efectos del derecho de acrecer en asimilarla en la porción libre.

Así, pues, el acrecimiento procederá en la mejoras cuando se de en los presupuestos generales del derecho de acrecer.

Según **Díez picazo** y **Gullón**, si el testador llama solidariamente a los herederos forzosos en la porción de legítima, el hecho de que un legitimario la repudie no produce acrecimiento sino que suceden los demás coherederos por derecho propio.

Es discutible si el legislador ha incluido aquí la porción de mejorar al hablar de legitima entonces no sería posible el acrecimiento cuando el causante hace un llamamiento solidario a dos de sus hijos, al tercio de mejora, por ejemplo: la parte que hubiera correspondido al que no ha llegado a heredar incrementaría la legitima estricta. Pero parece más segura la opinión negativa, pues debe ser considerada la mejora, más que como legitima, como análoga a

la porción de libre disposición, con la salvedad de que ella no se puede disponer más que a favor de hijos o descendientes.

Es verosímil pensar que al hacer el llamamiento a la mejora, el causante ha querido beneficiar especialmente aquellos dos hijos frente a los demás. Impedir el acrecimiento supondría incumplirla , ya que la parte que podría haber sido del mejorado aumentaría la legitima de estos ultimo en lugar de seguir beneficiándose al otro mejorado, no se conseguiría su propósito de que sus otros hijos no tuvieren otra mas que la estricta.

3.5 DERECHO DE ACRECER EN LA SUCESIÓN INTESTADA[15]:

Aquí la doctrina lo que discute es si en la sucesión intestada hay derecho de acrecer, como en la testamentaria, o si se produce el mismo resultado que en ésta, no porque exista derecho de acrecer, sino porque así lo impone la propia constitución legal de la sucesión intestada.

Planteada así la discusión , según **Albaladejo**, resulta un tanto bizantina al menos desde un punto de vista puramente practico de cualquier modo, opina este autor la solución acertada en la sucesión intestada de forma de que antes de pasar al grupo siguiente hay que agregar al anterior es por que se establece una delación solidaria a favor de todos los componentes de cada grupo, delación solidaria que genera un derecho de acrecer para todas y cada una de las partes que forma parte del grupo en cuestión.

[15] Rivas Martínez, Juan José. Ob. Cit. Pág. 724 - 728

Así **Puig Brutau**, sin embargo, considera que en base al fundamento y razón de ser del derecho de acrecer, sólo de manera impropia se ha de hablar de este fenómeno en la sucesión intestada.

Otros como **Lacruz**, considera que en la sucesión intestada el derecho de acrecer existe ***per se***, por obra de la propia estructura de esta clase de sucesión, sin necesidad de un precepto que lo ordene.

En realidad en la sucesión intestada, igual que en la forzosa, más que un derecho de acrecer hay simplemente un aumento de la cuota hereditaria legal, fundada en una vocación hereditaria al todo, nacida de la necesidad de agotar cada orden y cada grupo de herederos, salvo derecho de representación. Es decir, la sucesión intestada, al adoptar la regla del que el pariente más próximo excluya al más remoto, exige que antes de llamar a suceder al siguiente grupo de posibles herederos, se agoten los que pueda haber en un grupo preferente (por ejemplo, antes de llamar a los sobrinos del difunto no ha de quedar ningún hermano de éste).

Los parientes de igual grado heredan por parte igual, salvo las diferencia de vínculo doble o sencillo. Es decir, el acrecimiento se da también cuando la cuota de los herederos son distintas siempre que se trate de herederos de la misma clase (así se heredan hermano de vinculo doble o sencillo y uno de ello repudia la herencia las cuotas de los restantes se expansionaran, proporcionalmente y no con igualdad).

En el caso en que la sucesión se produzca por grupos el aumento se produce, lo mismo en la sucesión intestada, dentro del grupo si quedan el abuelo paterno y abuela materna repudiando uno de estos dos su parte acrecerá solo al otro ascendiente de la misma línea, igual que repudiando uno de los nietos que sucedan por representación de sus padres, junto con sus tíos, son exclusivamente los nietos quienes expanden su derecho.

3.5.1. REQUISITOS:

Para que aparezca el llamado derecho de acrecer en la sucesión intestada es necesario que se den los siguientes requisitos:

a. Conjunción de llamamiento: Que sean dos o mas los parientes del mismo grado a quienes la ley llame a la herencia. Esta conjunción del llamamiento va implícita, siempre en el modo de llamar la ley a los herederos intestados.

b. Porción vacante: según hemos visto al hablar de la sucesión testada la porción vacante puede provenir por renuncia, premoriencia o incapacidad de alguno de los llamados. ¿Se dan todos estos casos en la sucesión intestada? Se ha planteado en la doctrina la discusión, de si en los supuestos de premoriencia de algún heredero intestado (igualmente podrían servir mutatis, mutandis para los supuestos de capacidad de heredar) hay o no verdadero derecho de acrecer, un ejemplo aclara la cuestión: padre viudo(A) tiene tres hijos, (B, C y D). Le premuere su hijo D, y después fallece el padre A sujetos que pueden ocurrir.

- Que el hijo premuerto (D) no deje descendencia. En este caso, la cuota que le hubiere correspondido al premuerto acrece, aumenta, a los dos hermanos B Y C que heredaran por mitad. (Por lo tanto, que mas da al hombre que se

de a esta expansión del derecho de los hermanos B Y C; es igual que se llame "acrecer o aumento" el efecto es el mismo engrosar su cuota).

- Que le hijo premuerto (D) deje a su ves descendencia. En este caso la cuota que hubiere correspondido al hijo premuerto ira a sus descendientes por derecho de representación y en consecuencia no habrá expansión o acrecer a favor de B Y C
- Por lo tanto en la sucesión intestada cabe:
  - ✓ Que se produzcan los efectos del derecho de acrecer, o el llamado efecto expansivo (cuando el premuerto carece de representantes (descendientes).
  - ✓ Por el contrario, si el premuerto deja descendientes, quedará excluido el derecho de acrecer o el efecto expansivo, por el juego de la representación.

Por otra parte en el supuesto de que renuncie uno de los herederos intestados parece claro que se producirá una porción vacante.

Ahora bien ¿puede tener lugar en este caso el derecho de representación? El que renuncia se excluye voluntariamente de la herencia para si y para su estirpe, ya que en este caso, no cabe la representación. Por tanto en los casos de renuncia el derecho de acrecer es condicionado, pues al que repudia no puede representársele. (La parte repudiada queda vacante y va siempre al acrecimiento.

De todo lo expuesto aparece claramente lo siguiente:

- En los supuestos de renuncia queda excluida toda posibilidad de representación.
- En los supuestos de premoriencia, si el premuerto deja descendientes no habrá acrecimiento, o efecto expansivo por el juego del derecho y así en caso contrario.
- En los supuestos de incapacidad de un heredero dependerá de que tenga o no representantes para que se produzca o no el efecto expansivo o acrecimiento.

Por tanto, en resumen, en la sucesión intestada cabe que se de o no el acrecimiento o efecto expansivo, solo en los casos de premoriencia o incapacidad, dependiendo dicho acrecimiento de que el premuerto o incapaz de heredar carezca o no de representante.

3.5.2. ¿ES VOLUNTARIO O FORZOSO EL DERECHO DE ACRECER EN LA SUCESIÓN INTESTADA?

Según **Puig Brutau** en la sucesión intestada no tiene sentido discutir si el acrecimiento es potestativo o forzoso, pues no hay duda que en su caso se trata de una porción o cuota unitaria, sin posibilidad que la descomponga un acto de renuncia que en este caso seria parcial.

En esta misma línea **Castan** considera que el derecho de acrecer en la sucesión intestada tiene evidentemente carácter forzoso, de tal modo que no

puede ninguno de los coherederos renunciar la porción vacante y aceptar la propia.

3.6 DERECHO DE ACRECER EN LOS LEGADOS[16].

Por la misma razón de la institución conjunta y solidaria en el caso de los herederos, en el de los legatarios instituidos conjuntamente también procede el derecho de acrecer, y este y la producción del acrecimiento se rige, en principio por las mismas reglas que en aquel caso.

Por tanto veremos a continuación sus requisitos:

1- **Conjunción de llamamientos**: para que actué el derecho de acrecer en los legados es necesario, que al igual que en la sucesión testada sean llamados conjuntamente varios legatarios a una misma cosa o cuota hereditaria, el derecho de acrecer aparece en los legados cuando varios han sido llamados con institución solidaria a un legado con los que la partes de los que no la reciben acrece a los que suceden en el.
2- **Porción vacante**: la porción vacante aparecerá en los mismos casos que hemos citado para la sucesión testada.

Tratándose de un legado de parte alícuota atribuidos conjuntamente a varios legatarios, el derecho de acrecer en la porción vacante según **Roca Sastre**, funcionara exclusivamente entre los legatarios de parte alícuota y no entre estos y los herederos.

[16] Rivas Martínez, Juan José. Ob. Cit. Pág. 728 - 729

3- Que no exista voluntad contraria del testador al derecho de acrecer.

No procederá el derecho de acrecer cuando el testador hubiere nombrado sustituto vulgar al legatario en el caso del derecho de transmisión

En el caso de que el testador hubiere prohibido el derecho de acrecer, a diferencia de lo que se establece para este supuesto en la sucesión testada, según el cual la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasara a los herederos intestados, en el supuesto de los legados la porción vacante se refundirá en la masa hereditaria.

3.7 DERECHO DE ACRECER EN EL USUFRUCTO[17]:

El usufructo constituido en provecho de varias personas la muerte de la ultima que sobreviviere, lo normal seria que muerto el usufructuario después de adquirido su derecho, su cuota se refundiera con la nuda propiedad. El fallecimiento de uno de los usufructuarios produce el incremento en beneficio de los otros.

3.7.1 FUNDAMENTO

Históricamente los juristas romanos, para explicar esta especialidad de los efectos del usufructo compuesto acudiendo a una ficción según el cual el usufructo se constituye y legaba diariamente de modo que en realidad se descomponía en una serie de legados sucesivos de usufructos .Por tanto, si uno

[17] Rivas Martínez, Juan José. Ob. Cit. Pág. 729 – 732.

de los legatarios faltaba, había adquirido solo los legados anteriores a su muerte, no los posteriores, los cuales podían ser adquiridos por los legatarios supervivientes por acrecimiento.

Modernamente se han señalado como posibles fundamentos los siguientes:

- La idea de comunidad, en el sentido de que en toda comunidad hay acrecimiento (producida una porción vacante, esta debe de expandirse a los demás comuneros) por ello no debe ser una excepción la comunidad sobre el usufructo.
- Otros consideran que la razón de este acrecimiento debe de buscarse en la naturaleza del derecho de usufructo que es temporal y personal (personal, por constituirse a favor de una persona; y temporal, por extinguirse a su muerte) por ello si son varios los llamados conjuntamente al usufructo, este persistirá hasta que fallezca el ultimo, el cual vera incrementado su derecho, con la cuota de los demás que le premurieron.

¿Son aplicables los requisitos del acrecer testamentario?

Según **Roca Sastre**, es necesario:

- **Conjunción de llamamientos**: para que se de el acrecimiento es necesario la atribución en bloque (in solidum) del usufructo a favor de varias personas.
- **Que no haya designación concreta de partes:** si hubiere especial designación de partes, de modo que cada usufructuario lo sea de una cuota tasada, entonces habrá comunidad sin derecho de acrecer y la cuota

vacante se consolidara con la nuda propiedad, por ser esta la voluntad del disponente, manifestadas al haber establecido cuotas distintas y tasadas.

PERO EN CUANTO A ESTOS REQUISITOS HAY QUE TENER EN CUENTA LO SIGUIENTE:

1. En el primero es necesario que el usufructo constituido a favor de varias personas nazca de titulo único.

2. En el segundo requisito, habrá que tener en cuenta que si se ha constituido por titulo mortis causa, deberá estarse a la voluntad del testador. Si este ha concretado expresamente el derecho de cada cousufructuario en cuotas específicas y separadas, habrá tantos derechos de usufructo como cousufructuario existan, pero no un solo usufructo con varios titulares, producida la vacante en una cuota no habrá acrecimiento sólo en el caso de que la voluntad del testador así lo haya manifestado o se deduzca tácitamente del conjunto de las cláusulas, habrá que acudir al mecanismo del acrecimiento, siempre que exista un autentico cousufructo, aunque las cuotas sean desiguales.

3.7.2 CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO.

- Por muerte de un cousufructuario.
- Por la renuncia a su cuota por uno de los usufructuarios.
- Por la prescripción por desuso, es decir, si el cousufructuario no ejercita su derecho durante el tiempo establecido legalmente.

- Reunión del usufructo y de la nuda propiedad en algunos de los cousufructarios, en este caso no se produce consolidación propiamente dicha, sino que al morir el usufructuario-nudo propietario, su cuota de usufructo acrece a los demás usufructuarios, quedando disociada de nuevo la nuda propiedad y el usufructo.
- Perdida total de la cosa objeto del usufructo, por ser ésta una causa de extinción que afecta a todos los cousufructuarios.
- Cumplimiento de la condición resolutoria. No produce acrecimiento, ya que al cumplirse la misma, sus efectos se retrotraen al momento mismo de la adquisición y por tanto, se considera la adquisición de la cuota en usufructo como no hecha.

CAPITULO IV:

PARANGÓN DE LOS DERECHOS DE SUSTITUCIÓN Y DE ACRECIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

El presente estudio se refiere a las disposiciones existentes que regula el derecho de sustitución y de acrecer en los países como Argentina, Chile, España en comparación con nuestra legislación nacional, en el cual se exponen algunas consideraciones de tipo doctrinaria.

No obstante cada país posee algunas diferencias con caracteres y estipulaciones más amplias que las nuestras, debido a la amplia gama de derechos y relaciones que caracterizan a la sucesión testamentaria de tales legislaciones.

El presente estudio, como observaran más adelante, contendrá algunas lagunas de nuestra legislación nacional, por lo que la información que se establece en el Código Civil no es suficiente.

4.1 CON EL DERECHO DE SUSTITUCIÓN:

En lenguaje usual sustitución significa, el heredero o legatario que no es nombrado en el caso de faltar el sucesor universal o singular primeramente nombrado, para suplir el nombramiento que otro pueda hacer o para disfrutar de ciertos bienes luego de otro.

En España el Código Civil define la sustitución en el Arto 774 C. "Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, no quieran o no puedan aceptar la herencia. Explica en sentido general que es suficiente que el primer llamado no quiera o no pueda aceptar para que sea eficaz la sustitución" Además el Código Civil establece cuatro tipos de sustituciones: Vulgar, Arto 774 C., pupilar Arto 775 C., ejemplar Arto 776 C. y fideicomisaria Arto 781 C. del mismo cuerpo de leyes.

El Código Civil de Chile Arto 1156 C. define de manera similar al de España dando los mismos motivos por la de, no aceptar o que muera antes que él o no pueda aceptar la herencia, a diferencia de España el Código Chileno acepta solamente dos tipos de sustituciones como son: Vulgar y Fideicomisaria.

En el caso de Argentina Arto 5724 C. el legislador establece un concepto sencillo en donde dispone igual que las anteriores legislaciones, en que el testador puede subrogar alguno al heredero y para cuando este heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia y reconoce únicamente la sustitución Vulgar.

En nuestra legislación Nacional, el derecho de sustitución regulado en el título XXI, Arto 1191 C. contempla las tres mismos casos de que habla el Código Civil de España como son: que no acepte, que llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual y un punto de diferencia con las

demás legislaciones, es que España señala cuatro clases de sustitución las cuales fueron señaladas antes, a diferencia de la nuestra y Argentina que solo reconoce la sustitución vulgar.

El Código Civil de Chile Arto 1159 C., Argentina Arto 3726 C., y España Arto 778 C. expresan que pueden darse sustituciones de dos o más personas o a una sola de igual manera una sola a dos o más herederos. Así podrá haber un instituido y un sustituto o un instituido y varios instituidos y un sustituto; o varios instituidos y varios sustitutos.

El Arto 1192 C., Nicaragua y 1157 C. Chile dispone "la sustitución que se hiciere expresamente para alguno de los casos en que pueda faltar al asignatario, se entenderá hecha para cualquiera de los otros en que llegase a faltar salvo que el testador haya expresado voluntad contraria"

Por ejemplo; dice el testador: dejo mi casa a Pedro y si en el momento de mi fallecimiento, Pedro, hubiere muerto, la casa pasará a Juan. Resulta que al fallecer el testador vivía Pedro, pero éste repudió la asignación. En conformidad al precepto citado, la sustitución opera y Juan recoge la casa.

El Arto 1193 C, Nicaragua y el Arto 1166 C, Chile, establecen de igual manera "El derecho de transmisión excluye al de sustitución y el de sustitución al de acrecimiento"

Se prefiere la transmisión porque en ella el asignatario no falta; sobrevivió a la muerte del testador, solo que no manifestó si aceptaba o repudiaba.

Si el asignatario testamentario falta podrá tener lugar la sustitución o el acrecimiento. La sustitución prefiere el acrecimiento por que traduce la voluntad expresa del causante. El acrecimiento en cambio, solo sin expresar cuantas, ha querido que únicamente estas personas sucedan una dicha cosa.

El Arto 3727 C Argentina, y 779 C España, establecen de igual manera las disposiciones de estos Artículos, pero con expresión de frases distintas una misma situación: "Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

Siendo varias las instituciones, el testador puede ordenar que se sustituyan unos a otros, originándose la forma reciproca de la sustitución, sin que la cualidad de herederos concurrente en los llamados a sustituirse recíprocamente altere ni modifique la condición jurídica de los mismos, ni los efectos de su llamamiento.

En el caso del Arto. 1194 C. Nicaragua, "Los sustitutos pueden ser nombrados conjunta o sucesivamente", esta disposición es restringida en el

sentido que detalla los efectos que pudieran tener los sustituidos en cuanto ser nombrado conjunto o sucesivamente. Se puede nombrar sustituido al primer sustituto y así sucesivamente; pero aunque aparezcan varios llamados, en realidad no hay dos o más liberalidades que deban producir sucesivamente sus efectos, si no una sola liberalidad.

El Arto. 1158 C. Chile y Arto 3728 C. Argentina reconocen las sustituciones de varios grados o las distintas formas que pueden adoptar la sustitución, pueden ser para estos casos de diversos grados de primer grado de segundo grado. Por ejemplo, el testador deja su casa a Pedro, si falta éste a Juan, si este no puede o quiere llevarla a Diego y como sustitución de éste a Antonio.

El Arto 1192 C. Nicaragua, 1157 C, Chile y 3727 C, Argentina; disponen el caso de que el testador hubiere designado al sustituto para el evento en que faltara el asignatario por un motivo (repudiación o fallecimiento) determinado y expresan que la sustitución se entenderá hecha para cualquier otro de que éste llegue a faltar, salvo si el testador a manifestado su voluntad expresa en contrario. El Arto 1195. C, Nicaragua dispone: “El segundo sustituye, faltando el primero, lo es del heredero.”

Por otro lado cumplida la condición, el sustituto instituido adquiere la herencia en las mismas condiciones que el sustituto salvo los derechos legitimarios cuando el sustituto tenga heredero forzoso. Si el sustituto adquiere

por la sustitución lo que el instituido hubiere percibido, subrogándose en la persona de éste, natural es que lo adquiera en las misma condiciones y carga impuestas al heredero porque no hay razón alguna para presumir que el testador quisiere favorecer más al sustituto que al heredero.

Lo anterior esta establecido en los arto 780. C, España, Arto 3729. C, Argentina, y Arto 1161. C, Chile.

Según el Arto 781. C, España, la sustitución fideicomisaria está definida como la "virtud" encargada al heredero para que conserva y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia y se establece que surtirá efectos siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento. Esta última definición es bien explicativa y restringe el derecho o voluntad del testador de nombrar por grado.

La legislación Chilena en comparación a la Española, aborda la sustitución fideicomisaria en cuatro artículos por lo que contiene escasa información al tema con espacios vacíos donde su única semejanza la encontramos en el Artículo 1166. C y el 783. C, España, donde ambos hacen mención que la sustitución fideicomisaria debe ser expresa.

El Arto 3730. C, Argentina y el Arto 786 del Código Civil de España, comparten ambas legislaciones la misma disposición. Esto es, además de las causas genéricas que invalidan el testamento o la institución de heredero, es

causa específica la nulidad de la sustitución fideicomisaria que no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento. Así se limita la invalidez a aquello que no puede ejecutarse por incurrir de lleno en las prohibiciones legales, pero fuera de estos límites se considera eficaz.

El Arto 1165. C, Chile, dispone "Si en el caso de faltar el fideicomisario, antes de que la condición se cumpla se le nombran sustitutos, estas sustituciones se entienden vulgares, por lo tanto el fideicomisario de primer grado y sus sustitutos no transmiten su expectativa, si falta."

En este caso, el fideicomisario que fallece antes de la restitución no transmite derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa al sustituto si lo hubiera (Arto 162. Código civil de Chile). En cambio el arto 784. Código civil de España, dispone: "Que el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera que el fiduciario." El derecho de aquél pasara a sus herederos. En este caso a diferencia de lo que plantea la legislación chilena, durante la pendencia del fideicomiso, o sea, mientras no llega la restitución, si la sustitución fideicomisario es a término, el fideicomisario tiene el derecho perfecto adquirido, si bien con efectividad suspendida. Este derecho integra su patrimonio y puede negociarlo y transmitirlo a sus herederos, aunque fallezca antes de llegar el día de la restitución. No, en cambio, cuando es condicional, no existen tales derechos del segundo llamado hasta que la condición se cumpla

por lo que si muere antes no transmite nada a sus herederos (Arto 759. Código civil de España)

Esta legislación en relación a la sustitución fideicomisaria es más amplia referente a la voluntad de disponer del testador, por ejemplo en el caso del Arto 787. C, “la disposición en que el testador deje a una persona en todo o parte de la herencia y a otro el usufructo será valida.”

También el Arto 788. C, “Será valida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes por el favor de los pobres o en cualquiera de los establecimientos de beneficencias o de instrucción pública”. Lo que se establece es el modo como disposición por causa de muerte agregada la institución de herederos, por la cual el testador ordena una carga o gravamen, imponiendo un fin, objeto, a parte de la herencia, que entraña al heredero una obligación de dar. Más dicta las oportunas reglas para aliviar los inconvenientes de la vinculación.

4.2 CUADRO COMPARATIVO

	España	Chile	Argentina	Nicaragua
Definición	Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que muera antes que él, no quiera o no puedan aceptar.	Sustitución de personas en el caso en que el instituido heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia.	El testador puede subrogar a algunos al heredero y para cuando este heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia.	Hay sustitución cuando el instituido no acepta, llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual.
Tipos	Vulgar, pupilar, ejemplar, fideicomisaria.	Vulgar, fideicomisaria	Vulgar	Vulgar
Sustitución de Personas	- Dos o más personas a una sola. - Una sola a varios herederos. - Un instituido y un sustituto. - Varios instituidos y un sustituto.	Se puede sustituir uno a muchos y muchos a unos.	Puede ser sustituidas dos o más personas a una sola y por el contrario, una sola a dos o más personas	Los sustitutos pueden ser nombrados conjunta o sucesivamente.
La Sustitución Produce Obligaciones	El sustituto de un sustituto que llega a faltar, se entiende llamado en los mismos casos y en las mismas condiciones y cargas que éste.	Las cargas y condiciones impuestas al instituido lo serán para los sustitutos.	El heredero sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido.	No se hace referencia.

	España	Chile	Argentina	Nicaragua
Sustituciones de Grado	No se hace referencia	Primer grado y Segundo grado.	Primer grado, segundo grado y tercer grado	No se hace referencia.
Restricción al Derecho de sustitución	No se hace referencia	El derecho de transmisión excluye el de sustitución y éste al acrecimiento.	No se hace referencia	El Derecho de transmisión excluye a la sustitución y la sustitución al acrecimiento
Solución en caso de partes desiguales.	En el caso de sustituciones reciprocas tendrán las mismas partes en la institución.	No se hace referencia	En el caso de las sustituciones reciprocas tendrán las mismas partes en la institución	No se hace referencia.

4.3 CON EL DERECHO DE ACRECER:

El primer requisito para que opere el acrecimiento aparece consignado en el Arto 1167 de nuestra legislación Nicaragüense donde señala que el derecho de acrecer no tiene lugar si no en las disposiciones testamentarias.

No hay duda de que en nuestro sistema jurídico, el acrecimiento solo opera en la sucesión testada más no en la intestada, pues siendo la voluntad presunta del testador el fundamento del derecho del acrecer. Este Artículo concuerda con el Arto 3810. del Código Civil de Argentina, no así con la legislación Española que en el Arto 986 contempla dicha disposición con la diferencia de que el acrecimiento puede darse en la sucesión intestada. La legislación Chilena no hace referencia alguna sobre esta disposición.

Referente al concepto que las legislaciones establecen sobre el derecho de acrecimiento, Nicaragua define el derecho de acrecer en el Arto 1178: "Como el derecho que pertenece en virtud de la voluntad presunta del difunto a un legatario o heredero, de aprovechar la parte de su colegatario o coheredero, cuando este no la recoge." Esta definición es tomada de la legislación Argentina contemplada en el Arto 3811 C. El Código Civil Chileno hace mención sobre ello en el Arto 1147. C, pero con distinta redacción enfocado al mismo sentido de las dos anteriores normas. España define el derecho de acrecer pero de una manera más sencilla, estableciendo que este derecho se dará en las sucesiones testamentarias, siempre que se repudie una herencia por tanto acrecerá a los demás coherederos.

Según el Arto 1179, 1180, 1181 del Código Civil de Nicaragua y 3812, 3813, 3814. Código Civil de Argentina definen del mismo modo el derecho de acrecer es decir que contiene los requisitos esenciales para que opere el acrecimiento tales: Conjunción de llamamiento, unidad de cosas y sin fijación de parte. La primera condición para que la cuestión de crecimiento tenga lugar, dice **Vélez Sarsfield** en su nota el Arto 3845 del Código Civil Argentina, es que "Los dos legados tengan el mismo, que los legatarios y herederos sean colegatarios o coherederos", porque es imposible suponer ninguna relación entre dos legatarios de cosas diferentes.

Es necesario, para que la disposición testamentaria sea reputada hecha conjuntamente, el mismo objeto sea dado a varias personas sin asignación de parte de cada una de los legatarios o herederos en el objeto de la institución o legado (Arto 1180. C). Cuando el testador a asignado partes en la herencia o en la cosa legada el acrecimiento no tiene lugar (1181. C), porque entonces el testador manifiesta que su voluntad ha sido que cada asignatario tenga solamente la parte asignada y faltando uno de ellos su parte no acrece a los otros, sino que pasa a los herederos abintestados, pues en este caso se abre la sucesión intestada con respecto a esa parte, sino hubieren herederos instituidos o sustitutos, salvo a su voluntad contraria pues en este caso, esa voluntad debe prevalecer. El Arto 1148, primer párrafo del Código Civil de Chile expresa que "el acrecimiento no tendrá lugar entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado, cada parte

o cuota se considerara en tal caso un objeto separado y no habrá derecho de acrecer"

Los Artículos antes mencionados se asemejan el primer requisito que establece el Arto 982 del Código Civil de España "para que la sucesión testamentaria tenga lugar en el derecho de acrecer se requiere: que dos o más personas sean llamadas a una misma herencia o a una misma porción de ellas, sin especial designación de parte", por ejemplo si una cosa se hubiere dividido entre cuatro legatarios, asignando a cada uno, una cuarta parte, se reputa que existe cuatro legados y no hay derecho de acrecer.

En el caso que los coherederos deban ser llamados a su cede conjuntamente, o sea, con un mismo y único testamento, pero no se exige que el llamamiento tenga lugar también por la misma disposición testamentaria de manera que dos o mas llamamientos contenidos en el mismo testamento, se considera conjunto, aunque se contenga en dos o mas diversas disposiciones del mismo.

El Artículo 1182. del Código Civil de Nicaragua, dispone que la asignación de parte que solo tenga por objeto la ejecución del legado o la partición entre los legatarios de la cosa legada y común, no impide el derecho de acrecer. Esta disposición esta redactada en forma tímida. El profesor **Guillermo A. Borda**, en su tratado de Derecho Civil, Argentina, tomo II de la parte de sucesiones segunda edición, critica también el Arto 3815 del Código Civil de Argentina del

que nuestro Arto 1182 es copia. En lo referido a la conjunción "Verbis tantum" no hay acrecimiento porque la llamada a la asignación es con designación de parte, si embargo se discute doctrinariamente si hay acrecimiento o no cuando se llame a los asignatarios "Por partes iguales" dice **Borda** que el ilustre **Vélez Sarsfield** quiso resolver la polémica al respecto mediante el citado Arto 3815 del Código Civil de Argentina, artículo al que califica de infortunada disposición, que dejo las cosas tan oscuras como antes.

Según la doctrina si el testador dice: Dejo mi Finca Aurora a Pedro y a Juan por partes iguales no hay acrecimiento por la asignación de parte, pero si dice: Dejo mi Finca Aurora a Pedro y a Juan para que se la distribuyan por partes iguales, hay acrecimiento. Si de lo que se trata es de interpretar la voluntad del causante, hay que reconocer que los que redactan un testamento no tienen tanta fineza mental, dice el expresado Profesor **Borda,** quien después de afirmar que hay autores que han pulido la idea sosteniendo que corresponde al Juez examinar en conjunto la disposición del legado para penetrar en la intención del testador y decidir si la asignación en partes es principal o dispositiva en cuyo caso no hay acrecimiento o si es reglamentaria en cuyo caso la hay, continúa diciendo "Por nuestra parte pensamos que no es posible atarse a las palabras ni a ideas preconcebidas."

Por su parte la legislación Chilena no hace mención sobre dicho artículo. La legislación Española igual que la anterior no hace referencia en cuanto que el derecho de acrecer contemple la asignación de parte que solo tengan por

objeto la ejecución del legado, o la petición entre los legatarios de la cosa, legado en común, no impide al derecho de acrecer como si lo controla el Código Argentino y el nuestro.

El Artículo 1183 de nuestro Código Civil acerca del derecho de acrecer nos dice que el legado se reputa hecho conjuntamente en todos los casos en que un solo y mismo objeto susceptible o no de ser dividido sin deterioro ha sido dado en el testamento a muchas personas sea por disposiciones separadas del mismo acto o ser por actos diversos. Este Artículo de igual manera esta plasmado en el Código Civil Argentino en el Artículo 3816, pero no así en el Código Civil Español ni Chileno.

El Arto 1184 del Código Civil de Nicaragua, expone que el legado hecho conjuntamente debe ser reputado tal, aun cuando el testador hubiere sustituido a uno o muchos de los legatarios conjuntos. Este Artículo es tomado de las leyes civiles de Argentina, no encontrando nada al respecto en las disposiciones del Código español y chileno.

El Arto 1185 del Código Civil de Nicaragua, y el Arto 3818 de la legislación Argentina tienen un mismo contenido expresando que cuando el legado de usufructo hecho conjuntamente a dos individuos se trata de un legado de esta forma: Lego mi casa a Pedro y a Juan, y por una disposición subsiguiente dijera: Lego mi casa a Pablo, en este caso hay dos conjunciones: una que une Pedro y a Juan; y otra a Pedro y Juan con Pablo de modo que si los tres concurren se

dividen el legado en esta forma: Mitad para Pedro y Juan y la otra mitad para Pablo: Pero si Pedro no recoge su parte esta acrece a Juan y no a Pablo.

El segundo párrafo del Artículo citado dispone “el derecho de acrecimiento impone a los legatarios que quien de ellos recibe la porción caduca en la persona de uno de ellos las obligaciones de cumplir las cargas que se les estaban impuestas. Del mismo modo se expresa en el Arto 3821 C, Argentino”. El Arto 984 del Código Civil de España dispone “Los derechos a quienes acrezca la herencia se cederá en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla”. El Arto 1152 del Código Civil de Chile expone “La porción que acrece lleva todas sus gravámenes consigo, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del consignatario que faltó”

Estas disposiciones establecen los efectos del derecho de acrecer. La porción vacante se agrega a las demás que con ella constituye el objeto único asignado a varias personas y se reparte o divide entre las que de estas quedan, en proporción a sus costos respectivos. En todos los casos el derecho de acrecer lleva consigo la obligación de acudir las cargas impuestas por el testador al legatario en cabeza de quien a caducado el legado.

Haciendo un legado que debe reputarse hecho conjuntamente o hubiere prohibido el derecho de acrecer entonces el derecho de acrecer no tiene lugar

pues prevalece la voluntad del testador sobre las disposiciones legales anteriores.

El Arto 1187 de Nicaragua, establece en el primer párrafo que cuanto tiene lugar el derecho de acrecer la porción vacante de uno de los colegatarios se divide entre todos los otros en proporción de la parte que cada uno de ellos este llamado a tomar. Este inciso es copia del Arto 3820 C, del Código Civil Argentino. Este inciso responde a razones de equidad y justicia, pues siendo la voluntad presunta del testador el fundamento inmediato del acrecimiento se comprende, que cuando tiene lugar este derecho la porción vacante se divide entre los otros colegatarios en porción de su asignación asignada por el testador ya que este al designar a cada colegatario la porción que les corresponde en el legado ha querido que uno recoja esta asignación, la cual puede verse aumentada cuando ofrece el acrecimiento, pero este aumento es de acuerdo a la proporción de su asignación según la doctrina, esta regla recibe excepción cuando muchas personas comprendidas bajo una denominación colectiva o denominadas individualmente pero en un mismo miembro de la frase son por la misma disposición o por disposiciones separadas llamadas conjuntamente con otros legatarios no comprendidos bajo esta denominación colectiva o no denominados en el mismo miembro de la frase, porque en ese caso las posiciones vacantes de los legatarios de la misma categoría solo acrecería a los colegatarios de la misma categoría excluyendo a los de la segunda por ejemplo, de estas disposiciones se desprende que la porción adquirida por acrecimiento trae consigo todo los gravámenes propios, excepto

aquellos que sufren una calidad o actitud personal o del asignatario; además, es el respecto a la voluntad expresa del estado que las impuso, claro es que esta transmisión no tendrá lugar cuando los gravámenes tengan un carácter personalísimo.

Este es el caso del Arto 1188 del Código Civil de Nicaragua: "si las cargas fueren por su naturaleza meramente personales al legatario cuya parte en el legado ha caducado, no preserva a los otros colegatarios. Así, el Arto 3822 del Código Civil de Argentina, la obligación de casarse o de abrazar el derecho eclesiástico no pasaría al colegatario."

El Arto 1189 del Código Civil de Nicaragua dispone: "los colegatarios ha beneficio de los cuales se abre o puede abrirse el derecho de acrecer lo transmiten a su herederos con las porciones que en el legado les pertenecen. Igual expresa el Arto 3823 del Código Civil de Argentina."

Este artículo quiere decir que, por muerte del colegatario sin aceptar ni repudiar el legado pasara a ser herederos del mismo derecho que la tenía. Así, pues, por muerte del colegatario le sucederán en su posición jurídica de llamado solamente sus herederos, que tendrán el derecho a aceptar el legado y el acrecimiento de las vacantes que se produzcan.

El Arto 1190 Nicaragua y el Arto 1153 Chile textualmente expresan lo mismo: "El derecho de transmisión, excluye el derecho de acrecer. Quiere decir

que si el asignatario existe en el momento de abrirse la sucesión y fallece poco después pero antes de aceptar o repudiar entonces no falta el asignatario pasa a su heredero, quien verá si le conviene aceptar o rechazar"

Si el asignatario que no existe, que renuncia, que es incapaz o indigno, tiene sustituto designado por el testador tampoco falta en ese caso, porque su lugar lo ocupa el sustituto designado; y el derecho de sustitución también excluye al de acrecimiento. El acrecimiento; solo tiene lugar cuando no hay derecho de transmisión o sustitución.

El Arto 1154 del Código Civil de Chile expone "Los coasignatarios de usufructo, uso y habitación, o de una pensión periódica, conservan el derecho de acrecer, mientras gozan de dichos derechos, uno habitación o reunión y ninguno de estos derechos se extingue hasta que falte el último consignatario, esta disposición es amplia en cuanto abarca derechos de uso el cual los coasignatarios pueden disponer de ellos, en cambio el Arto 987 del Código Civil de España dispone: El derecho de acrecer tendrá lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos, como vemos este articulo solo menciona el derecho de usufructo que es solamente establecido a los legatarios o colegiados.

En el caso del Arto 1055 del Código Civil de Chile "El testador podrá en todo caso prohibir el acrecimiento"

La legislación Española en cuanto al acrecimiento es amplia al hacer mención a los herederos forzosos y que "Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer solo tendrá lugar cuando la parte de uno de ellos de libre disposición se deje a dos o más de ellos o a alguno de ellos y a un extraño si la parte repudiada fuere la legitima sucederán en ella los coherederos a su derecho propio y no por el derecho de acrecer.

Respecto a la primera parte los herederos forzosos son considerados voluntarios, por que solo por la voluntad del testador son llamados a ella. La razón del segundo párrafo del mismo artículo, en la cuota legitimaría si algún heredero repudiara su porción sucederán los coherederos en esto por el derecho propio o representación y no por derecho de acrecer y es que, de suceder así como el testador puede prohibir su aplicación sería con medio de privar de la legitima a tales herederos forzosos y como sabemos que ello, es intangible y superior a la voluntad del testador.

Otro caso distinto es del Artículo 986 de la misma legislación "En la sucesión testamentaria cuando no tenga lugar el derecho de acrecer; la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto pasara a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligación"

Este Artículo no esta bien redactado, pues parece deducirse de él que el derecho de acrecer tiene preferencia sobre el derecho del sustituto y no es así.

Según el sistema del Código, por lo que pone en camino de tratar la cuestión del orden de eficacia y preferencia que haga de reconocerse a los derechos de sustitución vulgar, de acrecer y de transmisión.

4.4 CUADRO COMPARATIVO

	Nicaragua	Argentina	Chile	España
Definición	Derecho que pertenece en virtud de la voluntad presunta del difunto o un legatario o heredero, de aprovechar la parte de su colegatario o coheredero, cuando este no la recoge.	Derecho que pertenece en virtud de la voluntad presunta del difunto o un legatario o heredero, de aprovechar la parte de su colegatario o coheredero, cuando este no la recoge.	Destinado un mismo objeto a dos o más asignatarios, la porción de uno de ellos, que falte, se junta a las porciones de los otros.	En la sucesión testamentaria siempre que se repudie una herencia o legado este acrecerá a los demás coherederos o legatarios.
Requisitos	- Conjunción de llamamiento. - Unidad de cosas. - Fijación de partes.	- Conjunción de llamamiento. - Unidad de cosas. - Fijación de partes.	No tendrá lugar entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado como parte o cuota.	Que dos o más personas sean llamadas a una misma herencia o a una misma porción de ellas, sin especial designación de partes.
Donde opera	Sucesión testamentaria	Sucesión testamentaria	No se especifica	Tanto en la testada como en la intestada.
Legados	- Derecho de acrecer que solo tenga por objeto la ejecución del legado. - Cuando el legado se reputa hecho conjuntamente	- Derecho de acrecer que solo tenga por objeto la ejecución del legado. - Cuando el legado se reputa hecho conjuntamente.	No se establece nada al respecto	Tendrá lugar en que los legatarios y usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.

	Nicaragua	Argentina	Chile	España
No habrá Acrecimiento	Cuando el testado ha asignado parte en la herencia o cosa legada	Cuando se ha asignado parte en la herencia.	Entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado.	Si hay designación de parte no habrá acrecimiento.
Restricción en el Derecho de Acrecer	El Derecho de transmisión excluye al derecho de acrecer.	No se establece nada al respecto	El derecho de transmisión excluye al derecho de acrecer.	No se establece nada al respecto.
Cargas en el Derecho de Acrecer	Las mismas cargas que el instituido las serán para aquel que a su favor acrece en la herencia.	Tienen que cumplir con las obligaciones impuestas al instituido.	La porción que crece lleva todos sus gravámenes consigo, excepto los de calidad personal.	Los derechos a quienes acrezca se cederá en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirlo

4.5 JURISPRUDENCIA NACIONAL

4.5.a Sentencia del 16 de Enero de 1,917. (9:00 a.m.)

- Juzgado Segundo de lo Civil de Distrito.
- Actor: Alejandro Cortez
- Demandado: Arístides Marín
- Acción: Levantamiento de Embargo sobre los derechos hereditarios y pago de daño y perjuicios.
- Tipo de juicio: Ordinario.

Ante el Señor Juez de Distrito se presentó el doctor Alejandro Cortés exponiendo que es albacea de la testamentaria del doctor Basilio Marín y apoderado generalísimo de sus único y universales herederos don Octavio Marín, doña Matilde Marín de Pérez Alonso, de los menores hijos de don Arístides Marín llamados Basilio, Enrique, Arístides y José María y además representante legal de sus propias hijas las menores Manuela, Ofelia, Amanda, Isabel y Carmen Cortés, herederas también del doctor Marín.

Que en la ejecución seguida por el doctor Manuel Maldonado contra el expresado don Arístides Marín se embargaron los derechos hereditarios que se suponía tener en las sucesiones de su padre, por lo cual, el cliente en el carácter ya indicado entablo tercería excluyente de dominio en todos los bienes, derechos y acciones de las testamentarias de los padres del ejecutado.

Funda su demanda en que don Arístides Marín no tiene derecho en la sucesión, porque no fue instituido heredero y que la parte intestada del doctor Marín acrece a los herederos testamentarios ya mencionados, y porque habiendo fallecido doña Carmen Alonso de Marín antes que su esposo, el derecho de ella a la herencia, acrece a los herederos instituidos.

De la demanda se corrió traslado al ejecutante doctor Maldonado y al ejecutado don Arístides Marín. El primero la contestó negándola y dijo: Que la herencia vacante de doña Carmen Alonso de Marín no puede acrecer a favor de los que iban a ser sus coherederos, porque habiendo dividido el doctor Marín su herencia en cinco partes, debe aplicarse el artículo 1181C. Abriéndose el juicio a prueba, ambas partes expusieron lo que tuvieron a bien.

El Juez dictó sentencia y resolvió: Que la acción deducida por el doctor Manuel Maldonado contra el señor Arístides Marín no puede dirigirse contra los bienes, derechos y acciones de las testamentarias de doña Carmen Alonso de Marín y del doctor Basilio Marín, los cuales pertenecen de modo exclusivo a los terceristas, en consecuencia levantarse el embargo de esos bienes, por lo que fue desechada la petición sobre daños y perjuicios por el doctor Cortés.

Apelada que fue la sentencia, por el doctor Maldonado por lo cual llegaron los autos a la sala de lo Civil de la Honorable Corte de Apelaciones de Granada. Tramitando el recurso el Tribunal resolvió: No ha lugar a la demanda de tercería de que se ha hecho relación. Queda así revocada la resolución recurrida.

De este fallo el mandatario doctor don David Osorno interpuso recurso de casación en el fondo, que apoyó en las causales 1, 2 y 10 del artículo 2057 Pr. por violación y aplicación indebida de los artículo 1178, 1179, 1180, 1182, 936, 950C. y 54 Cn.

Considera la Suprema, que según el artículo 1178C, el derecho de acrecer es el derecho que pertenece, en virtud de la voluntad presunta del difunto, a un legatario o heredero, de aprovechar la parte de su colegatario o coheredero, cuando esta no la recoge. Planteada así la cuestión legal, es obvio que en todo acto testamentario impera la voluntad del testador, a menos que haya voluntad expresa que la contradiga. Que en el presente caso, se observa clara y explícita la voluntad del doctor Marín al preferir a don Arístides por sus hijos, voluntad que no contradijo el testador en ninguna cláusula de su testamento y que encuentra apoyo en la ley, según arto. 1179 C.

El Supremo Tribunal no admite la tesis que se pretende apoyar en el artículo 1181, que establece no haber lugar al acrecimiento cuando el testador haya asignado partes en la herencia o en la cosa legada, caso en que no hay acrecimiento, o bien a la cosa concreta de la masa hereditaria, en donde puede tener cada heredero o legatario, partes alícuotas o determinadas, casos en que tampoco hay acrecimiento. Por tanto las disposiciones citadas, los infrascritos Magistrados dijeron: Se casa la sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones de Granada. En consecuencia se declara que ha

lugar a la tercería de que se ha hecho mérito y a que se levante el embargo, debiendo cancelarse las inscripciones respectivas del Registro Público.

4.5.b Sentencia del 6 de Octubre de 1976 (12:30 a.m.)

- Juzgado de Distrito para lo Civil de Jinotega
- Actor: Amado López Zeledón
- Demandado: Mercedes viuda de López
- Acción: Nulidad de la transcripción o traspaso de herencia a favor de Mercedes viuda de López
- Tipo de Juicio: Ordinario.

Ante el Señor Juez de Distrito para lo civil de Jinotega se presentó al señor Amado López Zeledón manifestando por escritura pública, que la señora Mercedes Herrera viuda de López, cedió a favor del señor José Ramón Lanzas Arauz los derechos hereditarios que en la sucesión del difunto Moisés López Zeledón, les correspondían. Posteriormente los referidos derechos hereditarios fueron cedidos por escritura pública, a la señora Herrera viuda de López, ambas escrituras se encuentran pendientes de inscripción. Por lo que la cesión de los derechos hereditarios de Moisés López Zeledón se hicieron con el propósito velado de darle transcripción de bienes que se refiere o más bien se hizo sobre el caudal relicto que dejara el difunto don Emilio López Zeledón, el cual se me instituye junto con el difunto Moisés López Zeledón herederos universales en los bienes, derechos, acciones del citado Emilio López Zeledón.

Que la trascripción de dichos bienes y derechos a favor de la señora Mercedes viuda de López son nulos porque su causante Moisés López Zeledón nunca llegó a adquirir los bienes relictos de don Emilio López Zeledón por haber muerto Moisés antes que Emilio. Que conforme el Arto. 977 incisos 1 C, la Institución de herederos caduca cuando el heredero falleciere antes que el testador y que como yo desconocía por mi falta de pericia del Derecho, tal disposición no me fue bien explicado. De modo, que las cosas han llegado al estado actual que es como me he dado cuenta del engaño de que he sido objeto, por que pido la nulidad de la transcripción o traspaso de herencia a favor de la señora Mercedes Herrera.

El Juzgado corrió traslado a la demanda quien la contestó negándola, rechazándola y contradiciéndola y dijo: Que no es cierto que el Señor Amado haya sido engañado, porque a la muerte de don Emilio López Zeledón, él fue a buscar el testamento y nos requirió para que le ayudáramos a entrar en posesión de la herencia, reconociendo el derecho sobre la mitad de esos bienes. Por lo que no se trata de una simple trascripción, se procedió a reconocer a la sucesión de don Moisés López Zeledón, de la cual soy cesionaria, como heredera ab-intestada, el cual don Amado López no puede alegar dominio total, porque si don Moisés falleció antes que el testador Emilio López, la sucesión de este último quedó parte testada y parte intestada, porque no se estableció, el derecho de acrecer a favor del señor Amado López Zeledón y éste no puede a lugar dominio absoluto sobre dichos bienes.

El demandado además de contestar negativamente la demanda, opuso la excepción perentoria de falta de acción y pidió el afianzamiento de costas.

El juez dictó sentencia, la que dice: Que ha lugar a la demanda ordinaria que con acción de nulidad interpuso el señor Armando López Zeledón en contra de la señora Mercedes Herrera viuda de López.

Apelada que fue esta resolución, fue admitida por el juez y los autos subieron a la honorable Corte de Apelaciones. Tramitando dicho recurso, se dictó sentencia resolviendo: Sin especial condenación en costas, se confirma la resolución apelada.

De este fallo el apoderado doctor Edmundo López entabló recurso de casación en el fondo con base en el arto. 2057 Pr. y en las causales 2, 7 y 10 precisando como violados para la causal 2ª los artos. 1841 C. y contra el error de derecho causal 7ª mal interpretados los artos. 1841, 2496, 2497 y 2498 C y los artos. 1177, 1178 y 1179 C. y para la causal 10ª las disposiciones anteriores y el arto. 1022 C.

La Honorable sala considera que la cuestión se reduce a ver si el señor Amado López Zeledón tiene derecho a toda la herencia en vista de que el otro coheredero falleció antes que el testador, correspondiéndole aquella parte por el derecho de acrecer. La Sala dice que aunque es cierto que el derecho de acrecer no fue consignado expresamente en el testamento como parece decirlo

el arto. 1177C., sin embargo esta disposición no es la única reguladora de la circunstancia especial que nos ocupa, pues la misma ley da pábulo para pensar que cuando exista una voluntad presunta del testador para concederlo no es lícito al juzgador negarlo bajo ningún punto de vista, y así se ve en el arto. 1179 y 1180C.

La sala concluye diciendo "que habiendo el señor Emilio López Zeledón instituido herederos universales a sus dos hermanos y como estos bienes consisten únicamente en una parte o en los derechos sobre la finca "El Paraíso" no puede menos que concluirse que el demandante señor Amado López Zeledón ha gozado del derecho de acrecer la herencia de su hermano Moisés quien falleció antes que el testador". La Honorable Sala está equivocada al creer que el acrecimiento procede porque la herencia consiste únicamente en los derechos en la finca El Paraíso. Este criterio nada tiene que ver con los herederos que son llamados a la totalidad de la herencia a los que confunde con los legatarios que son llamados a una cosa, total o parcialmente. Puede existir testamento válido instituyendo herederos, sin mencionar ningún bien, pero no puede haber legatarios sin detallar el derecho o cosa legada.

Según **Colín y Capitán**, pág. 524 tomo VIII. Derecho Civil, el llamamiento eventual a la totalidad de los bienes; poco importa el beneficio sea de hecho limitado a una fracción, a un mínimo de la universalidad y el hecho de que haya varios legados universales no quita el carácter de universalidad al legado de ninguno de ellos, pues cada uno puede en virtud de su título, recoger la

totalidad de la herencia, lo que ocurrirá si los legados de los otros colegatarios no llegan a tener realidad.

Según **Roca Sastre** (estudios de Derecho privado, tomo II, sucesiones, pág. 218) examinando el derecho de acrecer entre herederos testamentarios, dice que clásicamente se fundamenta el derecho de acrecer en la voluntad presunta del testador pero que en rigor hay que buscar una fundamentación más bien objetiva que subjetiva de que dicho derecho de acrecer se funda en la regla latina "concursus partes finat causante concurso partes Cesant".

Según **Demófilo de Buen** en sus notas a la obra de Colín y Capitán son necesarios dos requisitos para que exista el derecho de acrecer: a) Porción vacante y conjunción de llamamiento, éstas existen cuando uno de los llamados muere antes del testador o renuncia a la herencia o sea incapaz de heredar. Siendo esto así en virtud del derecho de acrecer la porción hereditaria del heredero premuerto ha acrecido a favor del heredero superviviente, a quien en consecuencia corresponde la totalidad de la herencia en virtud de su vocación hereditaria de la universalidad de la misma.

En cuanto a la escritura del 30 de Junio de 1971, en que las partes del presente juicio pidieron al Registrador le transcribiese en los bienes del testador como únicos dueños, se nota que no constituye ningún contrato traslativo del dominio, ni de cesión de derechos hereditarios y tampoco de partición hereditaria.

En cuanto al error de derecho, esta Corte Suprema considera válida la alegación impugnante del apoderado doctor Arias Bello, porque el recurrente no ha precisado el concepto en que la sentencia desconozca el valor o fuerza probatoria que las mencionadas disposiciones hayan tenido en la apreciación de la prueba.

Con respecto a los requisitos de los contratos como es a la aceptación de la propuesta del contrato, proposiciones y a que todo contrato es una ley entre las partes, carecen de eficacia por cuanto ya antes se consideró que la escritura suscrita por los demandados solicitando al registro la transcripción del testamento no tiene ninguna obligación y tampoco la figura de un contrato del cual nazcan derechos para exigir su cumplimiento. A este tribunal el señor Amado López, presentó testimonio sin inscribir el testamento, este Tribunal no lo toma en cuenta porque en casación no es permitido presentar ninguna clase de pruebas.

Por tanto con apoyo en las disposiciones citadas, los suscritos Magistrados resolvieron: No se casa la sentencia dictada por la Honorable Sala Civil de la Corte de Apelaciones de Matagalpa.

4.5.c Sentencia del 14 de Febrero de 1931 (10:00 a.m.)

- Juzgado Civil de Distrito de Granada.
- Actor: Guadalupe Esmeralda Suárez

  (Mandatario: Alberto Santos)

- Demandado: Alfredo Noguera Gómez.
- Acción: Restitución de un Bien Inmueble
- Tipo de juicio: Ordinario.

El procurador don Alberto Santos, como apoderado de la señorita Guadalupe Esmeralda Suárez, compareció por escrito ante el Juez de lo Civil del Distrito y expuso: Que la señora Juana Mora V. de Sequeira instituyó como herederos al general Alfredo Noguera Gómez y al señor Alberto Evangelista Suárez, quien a su vez los traspasó a la señorita Angélica Irene Suárez, quien a su vez los traspasó a la señorita Angélica Irene Suárez, y ésta, a su muerte y en virtud de testamento, a la mencionada señorita Guadalupe Esmeralda Suárez; que en el testamento de la señora V. de Sequeira se estableció, el derecho de acrecimiento entre los herederos Noguera Gómez y Suárez hijo, el cual quedó sin efecto en razón de haber aceptado este último la herencia, aceptación que se demuestra con el hecho de haber cedido sus derechos hereditarios a don Alberto Evangelista.

Con motivo de haber fallecido el heredero Suárez hijo, se ha creído el general Noguera Gómez con derecho a la totalidad de la herencia, y en ese concepto vendió a la Hacienda Pública una casa situada en la ciudad de Juigalpa. Compraventa que es totalmente nula, por venta de cosa ajena y también porque el General Noguera Gómez era depositario de ese inmueble en el inventario que se practicó a solicitud de la señorita Angélica Irene Suárez.

Contestada la demanda el General Noguera Gómez, dijo que el testamento de la señora V. de Sequeira dispone en su cláusula tercera. "Que en el caso que falleciere cualquiera de sus herederos nombrados, la parte que correspondería a éste acrecerá al sobreviviente, especialmente la parte de la casa de habitación, etc.; "que esa casa es la misma que vendió al fisco.

Que tal cláusula establece una asignación hasta día cierto e indeterminado lo cual constituía apenas un usufructo a favor del consignatario y que no deben aplicarse las reglas del acrecimiento que se funda en la voluntad presunta del difunto, según los Artos. 1092 y 1098 C. que el hecho de haberse practicado el inventario, en nada influye, ya que el usufructo de que disfrutaba, se consolidó en el que constata el dominio pleno.

En este estado el apoderado de la demandante pidió que se hiciera, extensiva su demanda al Gobierno como comprador del inmueble. El Juez ordenó los traslados de réplica y dúplica. Abriéndose el juicio a prueba, habiendo rendido la necesaria para justificar los hechos antes mencionados. El juez dictó sentencia, por la que se da entrada a la demanda, se rechaza la reconvención, sin costas para las partes.

De esta sentencia se alzaron los perdidosos y como consecuencia llegó el asunto a conocimiento de la Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones de Granada, donde se resuelve: Que ha lugar a la demanda entablada por la señorita Guadalupe Esmeralda Suárez contra el señor General Alfredo Noguera

Gómez y contra el Fisco y se absuelve a la misma señorita de las contrademandas promovidas por los reos.

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación en el fondo el abogado del General Noguera Gómez, que apoyó en las causales 1ª, 2ª, 7ª y 10ª del arto. 2057 Pr. y citando como violados por errónea interpretación los artos. 963, 1178, 1191, 1098 y 1481C. Citadas las partes para sentencia, considera la Suprema:

Que, en verdad, toda la cuestión de este asunto se basa en la recta interpretación de la cláusula tercera del testamento de la señora Juan María Mora V. de Sequeira, que dice así: Que en el caso que falleciera cualquier de sus herederos nombrados, la parte que correspondiera a éste acrecerá al sobreviviente, especialmente la parte de la casa de habitación. La Corte Suprema estima que la única interpretación verdadera que debe darse a dicha cláusula tercera, es la de que en ella se establece claramente a favor de los coherederos o colegatarios, el derecho de acrecer, tal como lo define y estudia el Código Civil. Nótese que el derecho de acrecer es la facultad concedida a un legatario o heredero, a quien se ha dejado una o varias cosas en común, para recoger la parte que su colegatario o coheredero no ha podido o se ha negado a tomar. De lo que se desprende que, si la herencia ha sido aceptada, como ocurre en el caso presente, ya no puede haber acrecimiento, porque la porción pasa a los herederos del aceptante.

La parte recurrente arguye que en el presente caso no se trata de acrecimiento, porque éste tiene lugar en virtud de la voluntad presunta del difunto y que aquí la testadora expuso su voluntad de manera clara y terminante. A este argumento contesta la Suprema: Que las disposiciones del Código Civil que definen y reglamentan el derecho de acrecer, se ocupan de legislar los casos de voluntad presunta del testador, que en verdad es el fundamento de toda disposición testamentaria, pero eso no quiere decir que el acrecimiento no se pueda establecer cuando la voluntad del testador se ha manifestado expresamente, aun en los casos en que la institución de herederos o el legado no hubieren sido hechos conjuntamente. En esta materia es preciso reconocer en primer término la supremacía de la voluntad del testador.

La Corte Suprema acepta el razonamiento de la Honorable Sala, en cuanto se refiere al usufructo al tenor de lo dispuesto en el Arto. 1098 C., porque en tal caso el General Noguera Gómez no sería el dueño pleno del inmueble, sino tan solo usufructuario de una mitad, en virtud de la institución directa del testamento y de la otra mitad, como sustituto del otro heredero, interpretación que resulta inadmisible, en vista de lo dispuesto en el Arto. 1481 C., que prohíbe constituir el usufructo a favor de dos o más persona sucesivamente.

Se concluye que habiendo aceptado la herencia ambos coherederos, el General Noguera Gómez nunca fue dueño más que de la mitad de la cosa objeto del pleito, perteneciendo la otra mitad a la señorita Suárez, por haber acreditado que es la sucesora del señor Alberto Suárez H. en todos sus derechos y

acciones. Los Infrascritos Magistrados dijeron no se casa la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito, siendo las costas a cargo de quien lo interpuso.

4.5.d Sentencia del 11 de Junio de 1931. (11:00 a.m.)

- Juzgado Civil de Distrito de Occidente
- Actor: Esther Pastora Montoya (Apoderado, Dr. Luis Alberto Morales)
- Demanda: Fernández y Leona Pastora.
- Acción: Acción de Pago (Revierte y Demanda al Sr. Cornelio Sosa con acción de Tercería de Dominio)
- Tipo de Juicio: Ejecutivo

El Dr. Luis Alberto Morales compareció ante el señor Juez de lo Civil de Distrito y expresó: que el Doctor Cornelio Sosa, demandó ejecutivamente por deuda de dinero a la señorita Fernanda y Leona Pastora, y que en esa ejecución de embargo la casa de habitación y los derechos hereditarios que dice que sus deudores tiene en la sucesión del padre de su representada, Dora Eustaquio Pastora. Para comprobar esto lleva escritura, testamento y partida y comprueba que las señoritas Pastoras no son herederas del padre de su poderdante, ni la casa embargada, que es de la exclusiva propiedad de su principal, que en esa virtud demanda con acción de tercería de dominio al doctor Cornelio Sosa, y a las señoritas Fernanda y Leona Pastora, para que por sentencia se levante el embargo probado por el primero, pues los bienes sobre la cual recae la demanda, son exclusivamente de su mandante.

El Doctor Sosa, por sí y el Doctor Remigio Jerez, a nombre de las señoritas Pastora, contestaron la demanda negativamente fundándose en que el testamento del señor Pastora, presentado por la tercerista, no le confiera ningún derecho, porque la cláusula en que ella se basa contiene una verdadera, sustitución fideicomisaria contraria a la ley.

Abierto el juicio a pruebas, se mandó certificar, a petición del apoderado Doctor Jerez, el inventario de los bienes relictos del señor Pastora. Este inventario se efectuó a solicitud de las mencionadas señoritas Pastora. Concluido los términos que fueron tales traslados, el juzgado dictó sentencia definitiva declarando sin lugar la tercería de dominio. Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación y sentencia que dice: Declárese con lugar la tercería de dominio, sobre el inmueble deslindado, quedando por consiguiente sin efecto el embargo relacionado sobre el repetido inmueble.

Consideró para ello la Honorable sala: que tratándose de una acción de tercería de domino y analizando las pretensiones de ambas partes se encuentra que la actora presente como título justificativo de su propiedad, el testamento del señor Pastora que en su cláusula novena dice ser su voluntad si cuando falleciera su heredera universal conservare ésta algunos bienes en virtud de dicho testamento, sean entregados a su hija natural Esther Montoya. Esto fue impugnado por la parte contraria por tener carácter de fideicomiso prohibido por nuestro Código Civil, porque tal y como esta redactado esta cláusula constituye una verdadera sustitución fideicomisaria, puesto que se ha dejada la

herencia a la señora Ana Roja Guzmán con la obligación precisa de que a su muerte entregara, en todo o en parte que de ella existiera, a la señorita Montoya.

Por otro lado el causante de la herencia, señor Pastora, falleció sin dejar herederos testamentarios que pudieran acarrearse la totalidad de la herencia, la que por consiguiente corresponde a los herederos que la ley llama, como es en el caso de su hija ilegítima legalmente reconocida señorita Ester Montoya y sus hermanas legítimas, cuyos vínculos de parentesco con el fallecido, no han sido contradichos por la tercerista y que en consecuencia, tiene suficiente derecho para entablar la tercería de dominio.

Contra la sentencia de la Honorable sala interpusieron, recurso de casación en el fondo, en las causales 2ª y 10ª del Arto 2037 Pr, por violación de los Artículos 1191 y 1694 C y 2112 Pr, y 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 7ª, 9ª y 10ª del mismo Arto por violación de los Artos 3 Cn. 424 y 1027 Pr. Habiéndose interpuesto el recurso de casación en el fondo por las dos partes litigantes personadas, debe estudiarse separadamente ambos recursos.

La señorita Esther Montoya funda su tercería de dominio en el derecho que pretende tener a la totalidad de la herencia del señor Eustaquio Pastora, conteniendo dicho testamento cláusulas que estipula una sustitución vulgar. El Arto 1191 c, la define: “Es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepta o que, ante de deferírsele la asignación,

llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa, que extinga su derecho eventual". De esta definición, se infiere lógicamente que para que exista sustitución vulgar, es preciso que el sustituto sea llamado a recoger la asignación hecha al heredero preferente en el caso de que este no quiera o no pueda aceptarla, de modo que no podrá estimarse como tal sustitución la que se hace para que produzca sus efectos después que la originación pudo haber sido diferida al heredero. Se considera que el señor Pastora la Instituyó, no en previsión de que la heredera Universal llegare a faltar antes de la delación de la herencia, sino para el evento de que al fallecer aquella, después de haber adquirido los bienes heredados, conservare todavía alguna parte de ellos. Esta institución difiere notablemente del concepto sentado antes acerca de la sustitución vulgar y constituye otra de naturaleza, muy diferente a la definida por el artículo 1191c. debe concluirse que la cláusula testamentaria carece de valor legal en cuanto se pretende con ella reconocer a la señorita Montoya el carácter de heredera sustituta.

Sin embargo, el tribunal no desconoce que la señorita Montoya tiene la condición de hija ilegítima reconocida de Don Eustaquio, es obvio que deben rechazarse sus pretensiones en la forma en que fueron planteadas en la demanda.

En cuanto al recurso introducido por el apoderado del Dr., Cornelio Sosa, cabe decir que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con la demanda y demás pretensiones oportunamente aducidas en el juicio y que en

consecuencia, debe ajustarse a los términos y condiciones en que la partes han planteado su derecho en los escritos de demanda y de contestación. Por lo que la Honorable sala, descansando en la circunstancia que la actora es copartícipe en la sucesión intestada del señor Pastora, declaro con lugar la tercería, por que se fundó en una causa o razón diferente a la invocada por la actor. En esta virtud el tribunal estima que la sentencia recurrida ha caído en el vicio de incongruencia con respecto a los derechos planteados en la demanda-. De conformidad con las disposiciones citadas, los Infrascritos Magistrados dijeron: Se casa la sentencia, dictada por la Honorable Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones de Occidente, declarándose sin lugar la tercería de domino, sin especial condenación de costas.

CAPITULO V

GENERALIDADES DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

5.1 EL TESTAMENTO.

Concepto

Según el diccionario jurídico elemental de **Guillermo Cabanellas**: Es la declaración de última voluntad relativa a los bienes y otras cuestiones: Reconocimiento Filiales, nombramiento de Tutores,, revelaciones o confesiones, y disposición exoneraría.

Según Ulpiano: es una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte.

Según Bonnecase: El testamento es un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que seguirá su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como extrapecuniario.

Nuestra legislación lo define en el Arto. 945 C. como: un acto mas o menos solemne en que una persona dispone libremente del todo o parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en el mientras viva.

5.2 NATURALEZA JURÍDICA:

El testamento es una declaración de voluntad que esta sometida al régimen jurídico propio, consistente en que sea formulada con conocimientos causas y forma digna. Es una declaración unilateral en la que no cabe injerencia de terceras personas. Entra dentro de la categoría de acto jurídico, más concretamente, de negocios jurídicos, cuya eficacia se despliega mortis causa. Hasta el momento del fallecimiento la declaración hecha en vida puede modificarse puesto que el testamento es revocable y por tanto debe prevalecer la declaración de voluntad validamente emitida.

5.3 CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO

1. El testamento es un acto jurídico mortis causa y como tal unilateral: es un acto jurídico porque es una declaración de voluntad llamada a producir efecto jurídico hecho con la intención de generar dichos efectos, ya que da lugar a la sucesión puesto que para nacer a la vida jurídica requiere de la sola voluntad del testador por causa de muerte, puesto que para nacer a la vida jurídica requiere de la sola voluntad del testador.
2. El testamento es un acto más o menos solemne: es solemne porque es hecho con las formalidades y requisitos que las leyes prescriben.
3. El testamento es un acto personalísimo: es personal porque es un acto de una sola persona que dispone de sus bienes.

   Este carácter personalísimo del testamento trae consigo dos consecuencias jurídicas de interés:

a. La ley no acepta los testamentos mancomunados o conjunto en las disposiciones captatorias. El legislador rechaza los testamentos mancomunados o conjunto, o sea, aquello que se otorgue por dos o más personas.
b. En el testamento.

4. Es libre pues ha de estar hecho sin violencia, dolo ni fraude, si bien este carácter es común a todos los actos jurídicos.
5. y es esencialmente revocable, hasta el punto de ser nulas las cláusulas derogatorias o *ad cautelam.*

5.4 CAPACIDAD PARA TESTAR.

Para poder Testar se requiere que el autor tenga capacidad de entender y de querer, y así revisar el testamento de forma consciente y libre.

Puede Testar todos aquellos a quienes la ley no les prohíbe expresamente. La capacidad debe apreciarse en el instante de otorgarse el testamento, por tanto si en el momento de hacer el testamento una persona no esta plenamente consciente, aunque después recobre la lucidez, el testamento será nulo. Por lo general están incapacitados para testar, los menores de catorce años de uno y otro sexo, y el que habitual o accidentalmente no sabía ni su cabal juicio, es decir, el no poderse gobernar por si mismo con independencia de que este o no incapacitado.

Nuestro Código Civil en el Arto. 979, Señala que "pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho". Existen prohibiciones en cuanto a la forma de testar y ellos responden a tres motivos o causas que expondremos a continuación:

1. Siendo el testamento un acto de voluntad, no pueden realizarlo quienes no la tengan plenamente o quienes no lo tengan en grado suficiente. Así lo dispone el arto. 979 inc. 2 y 3 y dicen no son hábiles para testar el que se hallare bajo interdicción o causa de demencia y el que actualmente no estuviere en su juicio por ebriedad u otra causa. No es causa de incapacidad la edad senil si no va acompañada de la demencia.

2. Siendo el testamento un acto emanado de la personalidad, la ley exige determinada edad para el acto. El Arto. 979 en su inc. 1 prohíbe para testar: a los varones menores de quince años y las mujeres menores de 14 años.

3. Según el Arto. 980 La capacidad del testador será regulada por el estado en que se hallare en la época en que se hizo el testamento. Como consecuencia se ve que es nulo un testamento otorgado durante la existencia de cualquier causa de inhabilidad aunque esta causa deje posteriormente de existir.

5.5 DE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

La interpretación ha de estar encaminada a determinar el sentido y alcance de las disposiciones testamentarias. En la interpretación del testamento se aplica la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador. Dicha preponderancia tiene como limite esencial el hecho de que el objeto interpretado no es la voluntad interna del testador, sino la voluntad declarada en el testamento.

Los medios para averiguar la voluntad real del testador, son las propias palabras o elementos gramaticales, entendidas además de conformidad con los hábitos lingüísticos propios del testador, teniéndose en cuenta la intervención de un técnico en derecho.

La duda se plantea alrededor de si es legitimo el uso de los denominados medios extrínsecos, no extraíbles de la mera declaración testamentaria, con los peligros que ello comporta (reconstruir una voluntad hipotética alejada de la voluntad real o incluso dentro de la misma). A pesar de esto se admite la prueba extrínseca en todo aquel testamento que contenga disposición interpretable, mediante el cual puede salvarse el error en la designación cuando de otra manera pueda salvarse, sin limitaciones en cuanto a esa manera.

La voluntad testamentaria también puede ser integrada por el intérprete, completando las cuestiones accidentales o conexas que estén dudosas, en ningún caso el intérprete podrá forjar una disposición nueva.

5.6 CLASES DE TESTAMENTOS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

Las legislaciones del derecho comparado son de los más variado en cuanto a las formas de los testamentos:

1. Los países anglosajones no reconocen más testamentos que los intervenidos por testigos: Inglaterra y muchos de Estados Unidos; algunos de éstos autorizan un testamento Nuncupativo (o hablado), como florida, Iowa y Nuevo México.

2. Suecia no consagro, más que el testamento privado: puede hacerse el testamento de palabra o por escrito ante dos testigos, llamados a presencia el acto: El testador puede revelar el contenido del testamento a los testigos.

3. El Sistema de Austria es extraordinariamente liberal: admite concurrentemente todas las formas conocidas en el derecho moderno.

Nuestro Código, en su arto. 1025 C, tiene mucho parecido al francés, al español, al argentino, al de chile y el mexicano, que admiten la clasificación de los testamentos en atención a sus formas: en común u ordinarios y especiales. En los primeros testamentos concurren las formalidades ordinarias y en los segundos las que son extraordinarias o excepcionales.

El ordinario pueden ser: abierto o cerrado.

En esto diferimos de los países mencionados, en donde el testamento puede ser: Público abierto, público cerrado u ológrafo.

En cuanto a los especiales hay coincidencia total pues nuestro arto. 1026 C como el arto. 1500 mexicano, dice: “Se consideran testamentos especiales: el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero”.

Todo testamento en Nicaragua, con la sola excepción del verbal en caso de peligro inminente de muerte o en caso de epidemia, se hace por escrito, normalmente en el protocolo de los notarios. No se conoce el testamento verbal o nuncupativo que antaño se practicaba en muchas partes del mundo y que en Francia se prohibió por la ordenanza del año 1735.

El testamento Ológrafo, es de origen Romano. En México, el Arto. 1550 del Código Civil Mexicano dice: “Se llama testamento ológrafo el escrito de puño y letra del testador. Regulan este tipo de testamentos: España, Chile y Argentina del cual hablaremos más adelante. En Nicaragua no existe.

5.6.1 DE LAS FORMAS DE LOS TESTAMENTOS EN NICARAGUA

A. Del Testamento Abierto.

En la legislación comparada se le denomina testamento público notarial. Es público porque se hace la declaración de voluntad en un instrumento público. Es abierto porque la voluntad del testador es conocida por el Notario

que autoriza como por los testigos que concurren por vía de solemnidad. Es nuncupativo, en cuanto a que la declaración de voluntad se hace oralmente. Tiene plena autenticidad *ipso jure,* esto es que no requiere declaración del Juez para su validez.

El testamento abierto deberá ser otorgado, ante notario y tres testigos idóneos que vean, oigan y entiendan al testador y de los cuales dos, a lo menos, deben saber leer y escribir.

Este testamento tiene una gran ventaja en el sentido que lo pueden otorgar quienes no saben leer y escribir, dice nuestro Arto. 1036 C. fracción 2ª "Si el testador declara que no sabe no puede firmar, lo hará por el, y a su ruego uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el notario.

Dentro de los requisitos para otorgar testamento abierto, están: la capacidad, es la misma que se requiere para otorgar cualquier clase de testamento, la capacidad general y según el arto. 1036 C.: "El testador expresará, su ultima voluntad en presencia de los testigos y del notario".

Este redactara las cláusulas y las leerá en alta vos al testador en presencia de los testigos, para que el testador manifieste si esta conforme con ellas. De allí se desprende que el testamento puede ser escrito por el mismo notario autorizante, o por un tercero (amanuenses), careciendo de asidero los temores de algunos notarios nacionales que piensan que el notario no debe escribir el

testamento, pues es obvio que siendo el notario el depositario de la fe pública, mal podría negársele la facultad de escribir lo que esta amparado por esa fe.

❖ **Casos Especiales de Testamento Abierto.**

Como subcategorías del Testamento abierto, nos encontramos en el Arto. 1041 C. aquellos que pueden otorgarse en dos hipótesis:

- Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, sin haber notario en el lugar. En ese caso se otorga el testamento en presencia de 5 testigos mayores de 18 años y que tengan idoneidad en el concepto extenso o lato de la palabra. En la formulación de esta hipótesis el legislador habla de notario competente, por manera que aún existiendo notario, pero el pariente del testador en los grados prohibidos para cartulacion, o esta suspenso del notario, por sanción de la Corte Suprema, puede otorgarse validamente el testamento ante los 5 testigos.
- En caso de epidemia, puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de notario, ante 3 testigos mayores de 16 años, como puede notarse dada la peligrosidad de la epidemia, el legislador en su afán de proteger la voluntad testamentaria, bajo dos años para la idoneidad de los testigos.

Esas dos hipótesis pueden originar un verdadero testamento verbal o nuncupativo, que generalmente no lo admite la legislación nacional, pues el Arto. 1042 prescribe que siendo posible escribir el testamento se levantará el

escrito respectivo y no siéndolo vale el testamento inclusive que los testigos no sepan leer y escribir.

Estos dos testamentos excepcionales de tipo abierto tienen que cumplir otros supuestos para su plena validez tales supuestos son:

- Que el testador muera precisamente dentro de unos plazos no mayores de 2 meses, contados desde que salió del peligro de muerte o cesó la epidemia.
- Que aún falleciendo dentro de dicho plazo, se eleve a escritura pública dentro de 3 meses subsiguientes a la época del fallecimiento.

Los testamentos otorgados, sin la autorización del notario, serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan.

B. Del Testamento Cerrado.

Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva vos y de manera que el notario y testigos lo vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola ellos mismos, a presencia del notario y testigos.

En el fondo la declaración secreta de voluntad en un documento privado que de conformidad con el Arto. 1053 C. podrá ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego en papel común sin excepción del lugar, día, mes y año

en que se escribe. En lo tocante a la capacidad debe recordarse que los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado.

El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquel sin romper ésta, hará entrega del testamento cerrado al testador. Este podrá conservarlo en su poder o encomendar su guarda a la persona de su confianza o dejarlo en poder del notario o del registrador de la propiedad del departamento para que lo guarde en el archivo.

El que tenga en su poder el testamento debe presentarlo tan pronto noticias de la muerte del testador al juez competente, que es del lugar del otorgamiento o del ultimo domicilio.

C. Del Testamento Solemne Otorgado en País Extranjero.

Al tenor del Artículo 1067 C tiene validez en Nicaragua el testamento escrito, otorgado en país extranjero, siempre y cuando se hayan observado las solemnidades del lugar de otorgamiento en cumplimiento de la máxima del derecho internacional privado.

También valdrá el testamento según el párrafo 20 del Arto. VI No. 15 del titulo preliminar del Código Civil cuando se observan las formas de nuestro sistema de testamentos y el cumplimiento siempre obligado de la autenticidad por la vía diplomática.

También se puede autorizar en el extranjero con plena validez un testamento escrito por el Ministro plenipotenciario, por un encargado de negocios, un secretario de legación expedido por el presidente de la República, un cónsul debidamente patentado, todos los cuales actúan como notarios nacionales, sujetos a las formas de nuestro sistema de testamentos. Sin embargo este testamento solo puede otorgarse por un nicaragüense, no importa que esté o no domiciliado, o bien por un extranjero pero que necesariamente este domiciliado en Nicaragua. En este caso los testigos que coadyuvan a la validez del instrumento deben ser nicaragüenses o extranjeros domiciliados en el lugar del otorgamiento.

5.6.2 De Los Testamentos Especiales.

a. El Testamento Militar.

Este tipo de testamento tiene por objeto ha protección de la sucesión testamentaria de los militares que se encuentran en campaña, en marcha, en cualquier expedición en servicio de guerra, en plaza o sitiada. Se hace extensiva la especialidad a los empleados en el ejercito, los voluntarios, los prisioneros y los rehenes. También se aplica a los nacionales en país extranjeros (siempre militares en guerra).

Dentro de los requisitos para otorgar testamento militar tenemos:

1. El testamento será presenciado por dos testigos que no sean menores de dieciocho, que sepan leer y escribir y sin vínculos de parentesco con el funcionario y el otorgante.

2. El testador firmará el testamento, si supiere o pudiere escribir, o a su ruego uno de los testigos a otra persona, expresándose así en el testamento.

3. El funcionario y testigos firmaran también el testamento.

El testamento del militar y demás personas mencionadas anteriormente, deberá otorgarse ante el auditor de guerra respectivo; sino lo hay o está lejos, ante el Jefe de Estado mayor o ante el Capitán de la campaña, o ante un intendente o comisario de guerra.

El Testamento puede ser escrito por el mismo testador, por el funcionario ante quien se otorga, por algún testigo, o por cualquier persona, en papel común, pero con claridad para que no haya dudas sobre las instrucciones de herederos y legatarios y los demás mandas o disposiciones del causante.
El testamento militar que no se ajuste a las formas que hemos expuesto es nulo.

b. Del Testamento Marítimo.

Se podrá otorgar testamento marítimo a bordo de un buque nicaragüense de guerra en alta mar. Será recibido por el comandante o por su segundo a presencia de dos testigos. Si el testador no supiere o no pudiere firmar, lo hará a su ruego uno de los testigos u otra persona.

Si el buque arriba a puerto extranjero antes de llegar a nicaragüense, y existe un agente diplomático o consular nicaragüense, el comandante entregara a este un ejemplar del testamento, exigiendo recibo y poniendo nota en el diario. El agente diplomático deberá enviar el testamento al Ministerio de la Marina para su presentación para la remisión al Juez de Distrito competente para su protocolización.

Si llega antes a Nicaragua, se entregara el ejemplar al gobernador marítimo exigiendo recibo y poniendo nota en el diario. Este gobernador marítimo lo remitirá al Ministerio de Marina para su autenticación y remisión al Juez de Distrito de lo Civil competente.

Podrán testar, no sobre los individuos de la oficialidad y tripulación sino cualesquiera otros que se hallaren a bordo del buque nicaragüense de guerra en alta mar.

5.6.3 DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS EN ARGENTINA

De acuerdo a esta legislación los testamentos se dividen en ordinarios y especiales. Siendo los testamentos ordinarios: el testamento ológrafo, por acto público o abierto y el testamento cerrado.

Los Testamentos Especiales son: Militar y Marítimo.

Toda persona capaz de disponer por testamento puede testar a su elección, en una u otra de las formas ordinarias de los testamentos; pero es necesario que posea las cualidades físicas e intelectuales requeridas para aquellas formas en la que quiera hacer sus disposiciones.

La validez del testamento depende de la observancia que rija al tiempo de hacerse[18].

a) Del Testamento Ológrafo.

El testamento ológrafo para ser valido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguno de estas formalidades lo anula en todo su contenido.

Debe ser escrito precisamente con caracteres alfabéticos y puede escribirse en cualquier idioma. Las indicaciones, el día, mes y año en que se hace el testamento, no es indispensable que sean según el calendario pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes que fijen de una manera precisa la fecha del testamento.

El testamento Ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra escribir sus negocios. Las cartas por

[18] Arto. 3625, Primer Apartado del Código Civil Argentino.

expresar que sean respecto a la disposición de los bienes no pueden formar un testamento ológrafo[19].

El testador puede, si lo juzgare más conveniente hacer autorizar el testamento con testigos, ponerle su sello, o depositarlo en poder de un escribano, o usar de cualquiera otra medida que de más seguridad de que es su última voluntad.

El testamento ológrafo vale como acto público y solemne; pero puede ser actuado por su fecha, firma o escritura por la capacidad del testador, por todos aquellos a quienes se opongan pidiendo estos, servirse de todo genero de pruebas.

b) Del Testamento por Acto Público o Abierto.

No puede testar por acto público, el sordo, el mudo y el sordomudo, el ciego puede testar por acto público.

El testamento por acto público puede ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar[20].

El testador puede dictar el testamento al escribano o dárselo ya escrito, o solo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria si el testador muriere antes de firmar el testamento será

[19] Arto. 3648 del Código Civil Argentino.
[20] Arto. 3654 del Código Civil Argentino.

este de ningún valor aunque lo hubiere iniciado a firmar. Si el testador no supiere firmar puede hacerlo por él u otra persona, o alguno de los testigos.

En este último caso dos de los testigos por lo menos deben saber firmar. Si el testador no puede testar en un idioma extranjero, requiere la presencia de dos intérpretes que harán la traducción en castellano y el testamento en tal caso debe escribirse en los dos idiomas, en este caso los testigos deben entender uno y otro idioma.

c) Del Testamento Cerrado.

En este testamento el que no sabe leer no puede otorgar testamento cerrado[21]. El Sordo puede otorgar testamento cerrado, el testamento cerrado deberá ser firmado por el testador, el pliego que lo contenga deberá entregarse a un escribano público, en presencia de cinco testigos en el lugar, expresando que lo contenido en aquel pliego es su testamento. El acta del testamento la firmaran el testador y todos los testigos que puedan hacerlo, nunca serán menos de tres testigos que firmen por si.

El que sepa escribir aunque no pueda hablar puede otorgar testamento cerrado. Si el testamento cerrado que no pueda valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo si tuviera todo escrito y firmado por el testador. El escribano que tenga en su

[21] Arto. 3665 del Código Civil Argentino.

poder o en su registro un testamento de cualquier especie que sea esta obligado, cuando menos el testador a ponerlo en noticias de las personas interesadas siendo responsable de los daños y perjuicios que su comisión les ocasione.

5.6.4 DE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES

a) **Del Testamento Militar:** este testamento se hará en tiempo de guerra en que los militares se hallen en una expedición militar o en una plaza sitiada, o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la República, el testamento debe designar el lugar y la fecha en que se hace. Este será firmado por el testador si sabe y puede firmar, por el funcionario ante quien se ha hecho y por los testigos. Los testigos deben ser mayores de edad si fuesen solo soldados pero basta que tengan dieciocho años cumplidos, de la clase de sargento inclusive adelante.

   El testamento otorgado en la forma prescrita, si el testador falleciere deberá ser remitido al cuartel general y con el visto bueno del jefe de estado mayor que acredite el grado o calidad de la persona ante quien se ha hecho y se mandará al Ministerio de la Guerra, y el Ministerio de este departamento lo remitirá al Juez del ultimo domicilio del testador para que lo haga protocolizar. La persona que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, actuará como Ministro de fe cualquiera de las personas ante quien ha podido otorgar testamento abierto.

b) Del Testamento Marítimo.

Los que navegan en un buque de guerra de la República sean o no individuos de la oficialidad o tripulación, podrá testar ante el comandante del buque y tres testigos de los cuales dos a lo menos sepan firmar. Si el buque, antes de volver a la República se detengan en un puerto extranjero o que haya un agente diplomático o un Cónsul argentino.

El comandante entregará a este agente un ejemplar del testamento y el agente lo remitirá al Ministro de Marina para los efectos que se ha dispuesto respecto al testamento militar.

El testamento no valdrá sino cuando el testador hubiese fallecido antes de desembarcar o antes de los 90 días subsiguientes al desembarco pero no se tendrá por desembarco al bajar a tierra por corto tiempo para reembarcarse en el mismo buque.

Según el Arto. 3635, cuando un argentino se encuentre en país extranjero esta autorizado a testar en algunas de las formas establecidas por la ley del país en que se halle. Ese testamento será siempre valido aunque el testador vuelva a la República y en cualquier época que muera.

Es valido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino, o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un Ministro plenipotenciario

del gobierno de la República, un encargado de negocio o un cónsul y dos testigos argentinos o extranjeros domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento teniendo el instrumento el sello de la delegación consulado.

La persona que puede testar militarmente y la que puede otorgar un testamento marítimo, pueden testar en la forma ologrefa.

Los militares embarcados en buque del Estado para una expedición militar, pueden testar militarmente o también bajo la forma del testamento marítimo.

Si por causa de una peste o epidemia no se hallare en el pueblo, escribano ante el cual pueda hacerse el testamento por actos públicos, podrá hacerse ante un municipal o ante el jefe del lazareto, las solemnidades prescritas para los testamentos por acto público.

5.6.5 TIPOS DE TESTAMENTO EN LA LEGISLACIÓN DE CHILE.

El Testamento solemne puede ser abierto, nuncapativo o público. También puede ser cerrado, solemne o privilegiado como son: el Testamento Verbal, el Militar y el Marítimo

Otorgado en chile o en país extranjero. Otorgado en Chile puede ser abierto o cerrado.

A. Del Testamento Solemne Abierto Publico o Nuncupativo:

Es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos para ello el Arto 1015 C, dispone que lo que constituya el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al escribano si lo hubiere y a los testigos.

De conformidad al Arto 1014 C, el testamento abierto puede otorgarse en dos formas:

1. Ante el funcionario público competente y tres testigos.
2. Ante cinco testigos, sin intervención de funcionarios públicos alguno

El Arto 1044 C. a la letra dispone que en Chile el testamento solemne abierto deba otorgarse ante competente escribano (Notario) y tres testigos, o ante cinco testigos. Podrá hacer las veces de escribano el Juez de primera instancia o subdelegado cuya jurisdicción comprenda el lugar del otorgamiento.

En realidad, son cuatro los funcionarios públicos competentes para autorizar testamentos abiertos siempre en presencia de tres testigos:

1. El Notario Público que será lo más frecuente.
2. El Juez de primera Instancia.
3. El Juez de Subdelegación.
4. El Oficial del Registro Civil.

El testamento otorgado ante un Juez, ya sea de primera instancia o el de subdelegación, necesariamente será dado en hoja suelta, pues ninguno de dicho funcionario lleva protocolos en que insertar los testamentos. A la inversa, ante el Oficial del Registro Civil el Testamento Abierto deberá ser otorgado siempre en el Protocolo que para estos efectos debe llevar el funcionario citado.

Si el testamento abierto se otorgo ante el Notario público y fue incorporado a su protocolo o ante el oficial del registro, lo que se hará valer será una copia del testamento otorgado en el registro Público, la cual será dada por el funcionario respectivo. Pero si es otorgado ante el Notario en hoja suelta, ante Juez de primera instancia o subdelegación o sin intervención de funcionario alguno y en presencia solamente de cinco testigos, será necesario antes de proceder a la ejecución del testamento efectuarse protocolización.

Por regla general, una persona puede otorgar a su elección testamento abierto o cerrado. Queda a criterio del Testador otorgar testamento abierto o cerrado, pero esta libertad tiene algunas limitaciones, pues hay ciertas personas que están obligadas a otorgar testamentos abiertos que no pueden hacerlos.

Las personas que están obligadas a otorgar testamento abierto y nunca cerrado:

1. El analfabeto, es decir la persona que no sabe leer y escribir.[22]

[22] Arto. 1022 del Código Civil de Chile.

2. El ciego es decir, la persona que esta totalmente privada de vista[23].

Por otro lado no pueden otorgar testamento abierto según el Arto 1024 C. cuando el testador no pudiere entender o ser entendido de viva voz, solo podrá otorgar testamento cerrado. También el sordo mudo que solo puede darse a entender por escrito y el extranjero que no conociera el idioma del notario y testigo que concurren al otorgamiento del testamento.

B. El Testamento Solemne Cerrado o Secreto:

Es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de las disposiciones testamentarias.

El Arto 1021 C, dispone que el testamento solemne cerrado deba otorgarse ante un escribano y tres testigos. Podrá ser las veces de escribano el Juez de primera instancia, pero no el subdelegado. De modo que el testamento cerrado debe ser siempre otorgado ante el funcionario público. Este funcionario deberá ser ya un Notario, ya un Juez de primera instancia por lo que no puede ser el Juez de subdelegación y tampoco puede ser el oficial de registro civil.
El Testamento Cerrado debe otorgarse además ante tres testigos.

Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigo una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el escribano y testigos le vean, oigan y entiendan, que

[23] Arto. 1019 del Código Civil de Chile.

en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del escribano y testigo.

Se ocupa de esta clase de testamentos el párrafo cuarto del Título III, del libro del Código Civil, artículos 1030 y siguientes.

Según el Arto 1008 el testamento menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de las solemnidades establecidas por la ley, por consideración a circunstancias especiales determinadas expresamente por el legislador.

5.6.6 SON TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS:

1. El Testamento Verbal; 2. El Testamento Militar; 3. El Testamento Marítimo.

Los testigos de los testamentos privilegiados deben ser igualmente hábiles; pero en este caso las inhabilidades deben ser menos que en los testamentos solemnes. El Artículo 1031 prescribe que en los testamentos privilegiados podrá servir de testigos toda persona de sano juicio, hombre o mujer, mayor de dieciocho años que vea, oiga y entienda al testador, y que no haya sido condenada en la forma indicada en el número octavo de artículo 1012 en relación con el arto 267, número séptimo.

A. Del Testamento Verbal

Es aquel que otorga a una persona en caso de peligro inminente para su vida ante tres testigos y haciendo de viva voz sus declaraciones y disposiciones testamentarias.

Requisitos del Testamento Verbal.

Las exigencias de este testamento se desprenden de la definición:

1. Peligro inminente para la vida del testador:

   Según el Arto 1035: "el Testamento Verbal no tendrá lugar sino en los casos de peligro inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne"

   Para otorgar testamento verbal no importa cual es la causa del peligro inminente para la vida del testador. La jurisprudencia ha estimado que este puede consistir tanto en la enfermedad larga y penosa, como presentarse en forma súbita e inesperada.

2. En el Testamento Verbal debe concurrir tres testigos:

   El Artículo 1033 determina que "el Testamento Verbal será presenciado por tres testigos o al menos".

3. El testador debe hacer sus declaraciones y disposiciones de viva voz, el Artículo 1034: "en el testamento verbal el testamento hace de viva voz sus declaraciones y disposiciones, de manera que todos lo vean, oigan y entiendan".

El Testamento verbal debe ponerse por escrito en el plazo de treinta días. Este plazo es fatal, contados desde el fallecimiento del testador. No podría ponerse por escrito el testamento verbal si han pasado ya más de treinta días desde la muerte del causante.

En este plazo deben declarar los testigos, dictar el juez su resolución y protocolizarse el testamento.

B. El Testamento Militar

Es aquel que se otorga en tiempo de guerra por los militares y demás individuos, empleados en un cuerpo de tropa de la República y voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecen a dicho cuerpo.

El fundamento de este testamento privilegiado estriba en el hecho de que en condiciones de guerra se hace imposible observar todas las solemnidades exigidas por la ley.

Personas que pueden testar militarmente:

1. Los militares y demás individuos empleados en un cuerpo de tropas de la República;
2. Los voluntarios, rehenes y prisioneros pertenecientes a dicho cuerpo, y
3. Las personas que van acompañando o sirviendo a cualquiera de los antedichos.

Funcionarios ante quienes pueden otorgarse este testamento:

1. Un capitán u oficial de grado superior a éste;
2. Un intendente del ejército;
3. Un comisario, y
4. Un auditor de guerra.

Pero existen ciertas situaciones excepcionales en que ni siquiera será posible la concurrencia de alguna de estas personas[24]. Si el testador estuviere enfermo o herido, su testamento podrá ser recibido por el capellán, médico o cirujano que lo asista.

Es requisito esencial para testar militarmente: que exista un estado de guerra. "Para testar militarmente será preciso hallarse en expedición de guerra, que este actualmente en marcha o campaña contra el enemigo, o en la guarnición de una plaza actualmente sitiada[25]".

C. El Testamento Marítimo

Es aquel que se otorga en alta mar en un buque mercante que navega bajo bandera chilena.

Tienes los mismos fundamentos del testamento militares, pero puede tener una mayor aplicación práctica, pues la ley permite otorgarlo en época de paz.

[24] Arto. 1041 del Código Civil de Chile.
[25] Arto. 1043 del Código Civil de Chile.

Clases de barcos en que se puede testar marítimamente:

Se podrá otorgar el testamento marítimo a bordo de un buque chileno de guerra en alta mar.

También pueden otorgarse testamento marítimo en alta mar en los buques mercantes que navegan bajo bandera chilena.

Pueden otorgar testamento marítimo; pueden hacerlo no solo los individuos de la oficialidad y tripulación, sino cualquiera otro que se hallaren a bordo del buque chileno de guerra en alta mar.

5.6.7 FORMAS TESTAMENTARIAS EN ESPAÑA

Los testamentos pueden dividirse en comunes y especiales, los testamentos comunes son: El testamento ológrafo, abierto y cerrado. Los testamentos especiales: El militar, marítimo y el testamento realizado en el extranjero.

A. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

La característica esencial, que le diferencia del testamento abierto y del cerrado, es la autoconfesión por el testador, sin intervención de persona alguna extraña.

Dentro de los requisitos de la capacidad, el testamento ológrafo sólo puede otorgarse por personas mayores de edad[26].

[26] Arto. 688 del Código Civil de España.

Es requisito característico del testamento ológrafo, la autografía total, que es que se halle todo el escrito de puño y letra del testador. También son requisitos la firma del testador, fecha, con exposición del año mes y día del otorgamiento y necesidad de que el testador salve bajo su firma, las palabras pactadas, enmendadas o entre reglones.

Respecto a quienes han de presentar el testamento ológrafo, siguiendo el código, las personas que deben y las que pueden hacer dicha presentación.

Debe presentarse al Juzgado el testamento ológrafo, luego que tenga noticia de la muerte del testador la persona, en cuyo poder se halle depositado dicho testamento y no verificándolo dentro de los diez días siguientes, serán responsables de los daños y perjuicios que se causen por la dilación.

También puede presentar el Testamento Ológrafo cualquier que tenga interés en el, como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto.

Una vez presentado el testamento ológrafo, hay que practicar lo que puede llamarse su adveración, que en el Código está integrado, por las siguientes formalidades: justificación del fallecimiento del testador, apertura por el juez del testamento si estuviera contenido en pliego cerrado, rúbrica del juez con el actuario en todas las hojas en que este contenido el testamento.

B. El Testamento Abierto.

Diferencia del testamento cerrado, el abierto se otorga, ante notario, quien conserva, el original del documento despareciendo así el pliego de que pueda destruirse o perderse.

En cuanto a las formalidades del testamento abierto, el Código establece la apreciación de la capacidad del testador, que el notario y los testigos los procuraran asegurarse de que a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar Arto. 685. párrafo segundo y añade con referencia al testamento abierto que el notario hará siempre constar que a su juicio, se haya el testado con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento[27].

El notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente, así como la capacidad testamentería del otorgante y del incumplimiento de los requisitos formales.

Exige el Código para el testamento abierto la conveniencia de tres testigos o sea uno más de los que se precisaban en toda escritura pública tratándose de actos interinos, estos tres testigos han de tener cualidades de idóneos[28]. Esta idoneidad resulta de la inexistencia de las causas de incapacidad ya estudiadas.

[27] Arto. 695 del Código Civil de España.
[28] Arto. 694 del Código Civil de España.

La expresión de voluntad hecha por el testador al notario y a los testigos implántales el requisito verdaderamente característico del testamento abierto que le distingue del ológrafo y del cerrado.

La redacción del testamento por el Notario, no es simplemente la de reproducir las palabras o el escrito del testador, sino la de ordenar y regular las disposiciones del otorgante, dando forma a las mismas con arreglo a derecho, respetando el fondo y las sustancias de ellas en cuanto no fueren opuestas a la moral y a las leyes. El Notario ha de dar fe al final del testamento, de haberse cumplido todas las formalidades expresadas por la ley.

C. El Testamento Cerrado.

En esta modalidad de testamento, el testador sin revelar cual es su última voluntad, declara que ésta se encuentra contenida en un pliego que entrega al notario en presencia de los testigos. Según el Código Civil, es consecuencia del carácter especial del testamento cerrado que en su formación, a diferencia del abierto pueden distinguirse tres partes o periodos: El de preparación, en que se redacta privadamente la declaración de voluntad o fondo del testamento, el del otorgamiento en que se da la autenticidad a la parte externa del mismo y el de la protocolización en que se eleva a documento público su contenido, haciendo publicas sus disposiciones.

Dentro del periodo de otorgamiento han de observarse en él las siguientes formalidades como son:

- La guarda del papel que contenga el testamento dentro de una cubierta cerrado y sellado, de suerte que no puede caerse aquel sin romper esta.
- Es importante la comparecencia del otorgante ante el Notario y
- Cinco testigos idóneos de los cuales tres han de saber firmar.

La manifestación del testador, en presencia del notario y los testigos de que el pliego que presenta contiene su testamento expresando si se halla escrito, firmado o rubricado por él, o si está escrito de manos ajenas y firmado por él al final y en todas sus hojas y si por no saber, o no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona.

El acta notarial del otorgamiento, debe ser extendida sobre la cubierta del testamento. Una vez autorizado, el testador puede conservar el testamento, entregarlo a una tercera persona para que lo guarde o dejarlo depositado en los archivos notariales.

Tanto el notario como la persona que tenga en su poder el testamento cerrado, deberá ponerlo en conocimiento del juez en el plazo de diez días desde que tenga noticias del fallecimiento del testador.

5.6.8 DE LOS TESTAMENTOS EXCEPCIONALES O PRIVILEGIADOS.

Regula el Código Civil como modalidades especiales del testamento abierto dentro de la sección dedicada al mismo, el testamento del enteramente sordo, el del ciego, el hecho en inminente peligro de muerte y el otorgado en

tiempo de epidemia y dentro de la sección dedicada al testamento cerrado, el de los sordomudos y de los que no pueden hablar, pero si escribir. También dicho cuerpo legal trata del testamento del demente y del hecho en lengua extranjera.

a. Testamento del Loco en intervalo de razón:

Aunque la teoría de los intervalos lúcidos, sea peligrosa y expuesta a fraudes, en derecho romano y algunos Códigos modernos admiten el testamento hecho en tal situación, por respeto a la soberanía de la voluntad privada en cualquier momento que se manifieste.

Dispone el Código Español que "Siempre que el demente pretenda hacer el testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos facultades que previamente le reconozcan y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos, además de los testigos.

Discuten los Autores que clase de testamento podrá otorgar el loco en intervalo de razón. **López R. Gómez y Manresa** sostiene que no pueden hacer más testamento que el abierto. **Sánchez Román y Valverde,** por el contrario y nos parece más aceptable su opinión que pueden otorgar también testamento cerrado, pues el requisito de la concurrencia de lo facultativo puede cumplirse dentro de esta ultima forma de testar.

b. Testamento del Sordomudo y de los que no pueden hablar, aunque sí escribir:

Los sordomudos y los que no pueden hablar, pero si escribir, podrán, dice el Arto. 709 del Código Civil Español, otorgar testamento cerrado observándose lo siguiente:

- El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador con expresión del lugar, día, mes y año.
- Al hacer su presentación el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento y está escrito y firmado por él.
- A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el Articulo 707 del Código Civil Español, en lo que sea aplicable al caso.

Las especialidades del testamento cerrado de los sordomudos se reduce, a que ha de estar todo el escrito y firmado por el testador y a que la manifestación que éste ha de hacer en presencia del notario y testigos de ser aquél su testamento, y de estar escrito y firmado por él ha de formularse por escrito en la parte superior de la cubierta.

c. Testamento del Enteramente Sordo:

En el Código Civil, el completamente sordo pueden otorgar testamentos ológrafos, o cerrado en la forma ordinaria y sin ninguna solemnidad especial, más para que pueda otorgar testamento abierto se exigen, además de las formalidades comunes, dos especiales de cumplimiento alternativo, según que el testador pueda o no leer por si mismo su testamento. "El que fuera enteramente sordo, deberá leer por si mismo su testamento y si no sabe o no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del notario.

d. Testamento del Ciego.

El Código Civil, niega al ciego el uso del testamento cerrado, pero se aparta de ella en cuanto a la especialidad de forma que impone el testamento abierto del mismo, pues esta ya no consiste en el aumento del número de testigos, sino en una doble lectura del testamento. "Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento, una por el notario y otra en igual forma por uno de los testigos u otra persona que el testador designe[29].

e. Testamento hecho en lengua extranjera.

El Código Civil autoriza el testamento en idioma extranjero más para alejar el peligro de fraude o de una mala interpretación de las palabras del testador.

[29] Arto. 395 del Código Civil de España.

Según el Articulo 684, dice: “Para testar en lengua extranjera se requiere la presencia de dos interpretes elegidos por el testador, que traduzcan su disposición al castellano. El testamento se deberá escribir en dos lenguas”.

Tres son, los requisitos que constituyen la especialidad de este testamento:

- La intervención de intérpretes, elegidos por el testador.
- La traducción que han de hacer los mismos.
- La doble escritura del testamento en ambos idiomas.

f. Testamento Otorgado en Peligro de Muerte.

Dicho testamento no tiene precedentes en el derecho español antiguo, porque sólo guarda una relación muy remota, con el testamento que el **fuero juzgo** permitía hacer a los mayores de diez años y menores de catorce, en caso de enfermedad o peligro de muerte.

El origen del testamento de que tratamos está, en realidad, en el proyecto de 1851, en el que se decía que el que se hallase en peligro inminente de muerte, por efecto de un ataque o accidente repentino, que hiciera tener la muerte sin testamento, podría otorgarlo ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, o ante dos escribanos.

El Código Civil vigente ha introducido variante de relación que modifican profundamente las circunstancias y requisitos de este testamento. “Si el testador se limita a decir, o se hallaré en peligro inminente de muerte,

puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario.

Exige éste testamento especial los siguientes requisitos:

- El testador se hallare en peligro inminente de muerte, no bastando por consiguiente, que se otorgue en estado de enfermedad grave, si no en circunstancias urgente y extrema de peligro racional e inmediata de perder la vida el testador. Este requisito es esencialísimo y capital para la validez de este testamento que nos ocupa, ha de ser cumplidamente probado una vez que, muerto el testador se pide la elevación a escritura pública y protocolización de aquél.
- Que no sea racionalmente posible la intervención del notario.
- Que se otorgue el testamento ante cinco testigos idóneos, entendiéndose por tales aquellos en que no concurra ninguna de las causas de incapacidad ya establecidas.
- Que los cinco testigos conozcan al testador.
- Que se escriba el testamento cuando sea posible, pues no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.
- Que se cumpla, en general, el otorgamiento de este testamento los requisitos fundamentales exigidos para el abierto.
- Que se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida por la ley procesal.

g. Testamento en tiempo de epidemia:

En caso de epidemia, puede igualmente, otorgarse el testamento sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años, varones o mujeres.

Son propios de este testamento los siguientes:

- Que exista caso de epidemia.
- Que se otorgue el testamento ante tres testigos mayores de dieciséis años, varones o mujeres.
- Que los tres testigos conozcan al testador.
- Que se escriba el testamento, siendo posible.
- Que se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la ley de enjuiciamiento civil.

5.6.9 TESTAMENTOS ESPECIALES SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

A. Del Testamento Militar

El Código Civil ha quitado al testamento militar su carácter de privilegio de clase. De una parte, pueden servirse de él, personas que no son militares y de otra, sólo puede ser otorgado en tiempo de guerra y en campaña. La institución ha venido así a estar fundada únicamente en los peligros de la vida de campaña y en la imposibilidad en que se encuentran los sujetos a ella de testar en la forma ordinaria.

- **Quienes pueden otorgar testamento militar:**

Según el Código, pueden otorgarlo en tiempo de guerra, los militares de campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército o que sigan a éste y los individuos de éste que se hallen en país extranjero.

El uso del testamento militar presupone, dos condiciones:

- Que se este en tiempo de guerra.
- Que se halle el testador en campaña.

El testamento militar puede otorgarse ante un oficial que tenga al menos la graduación de Capitán, o ante el Capellán o Médico que le asista si se encuentra enfermo.

Estos testamentos serán remitidos al cuartel general y posteriormente al Ministerio de Defensa, organismo que a su vez deberá enviarlo al juez de primera instancia del domicilio del testador para que se cite a los herederos y demás interesados en la sucesión.

Estos testamentos caducan en cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña. También podrá otorgarse de palabra ante dos testigos y quedará ineficaz una vez superado el peligro.

B. Del Testamento Marítimo.

Es el testamento abierto o cerrado que se otorga durante un viaje por mar por cualquiera de los que van a bordo. Pueden hacer testamento marítimo todos aquellos que durante un viaje marítimo vayan a bordo.

Si el buque es de guerra, se hará ante el comandante del mismo y si es mercante ante el Capitán o quien ejerza sus funciones en ambos casos, siendo necesaria la presencia de dos testigos que serán elegidos entre los pasajeros.

Si el testamento lo otorgan el comandante o el Capitán deberán hacerlo ante las personas que puedan sustituirlos. Los testamentos realizados quedaran en poder del comandante o Capitán y se hará mención a su otorgamiento en el diario de a bordo.

Una vez llegado a algún puerto en el que exista representación diplomática española, se hará entrega de los testamentos que serán enviados a España. Estos testamentos tendrán una validez de cuatro meses desde la fecha de desembarco.

C. Del Testamento Realizado en el Extranjero.

Pueden los españoles testar en el extranjero con arreglo a cualquiera de la siguiente forma:

- Forma Ológrafa, se acomoda a las disposiciones del Código Civil.

- Formas establecidas por la ley territorial. Los españoles pueden testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las normas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

También pueden los españoles testar en alta mar, con sujeción a las leyes de la nación a que el buque pertenezca. Pero en ningún caso es valido en España el testamento mancomunado que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autorizan las leyes de la nación donde se hubiere otorgado.

También puede otorgarse ante el Agente Diplomático español que ejerza las funciones notariales en el extranjero.

5.7 DEL DERECHO DE SUSTITUCIÓN Y DE ACRECIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE.

A esta sustitución se le califica de directa para indicar que el sustituto no recibe la herencia a través de lo instituido si no directamente del testador sin ningún tipo de limitaciones por razón de otro llamamiento.

El Articulo 1195 C., prescribe: “La Sustitución vulgar es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferírsele la asignación llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual. No se entiende faltar el asignatario que una vez acepto, salvo que se invalide la aceptación”.

La sustitución que se hiciere expresamente para algunos de los casos en que pueda faltar el asignatario, se entenderá hecha para cualquiera de los otros casos en que llegaré a faltar, salvo que el testador haya expresado voluntad contraria.

La doctrina mayoritaria, la considera como una institución condicional, pues el llamamiento al sustituto depende de un hecho futuro e incierto como es que el primer instituido no quisiera o no pueda aceptar la herencia.

5.7.1 Requisitos de la Sustitución Vulgar:

- Que se trate de una sucesión testamentaria.
- Que falte el asignatario que va a ser sustituido ya sea porque no acepte o por fallecimiento.
- Tener capacidad para suceder.

La sustitución vulgar es la única permitida por la ley nacional. Cuando en el testamento se haya señalado casos expresos de sustitución, se entiende el sustituto para cualquiera otro en que llegare a faltar el instituido primariamente, salvo que el testador expresamente diga lo contrario.

En cuanto a la posible colisión de esta sustitución con el derecho de transmisión, se puede resolver la cuestión estableciendo que fallecido el heredero sustituido con posterioridad al causante, sin haber aceptado ni

repudiado, pasará a lo suyo el derecho que él mismo tenía. Si bien hay en la doctrina opiniones contrarias.

También destaca la colisión con el posible derecho de acrecer. (Caso de que concurran varios instituidos a los que se les nombra un solo sustituto).

En general se entiende que si no hereda un instituido, será querido el sustituto porque el acrecimiento es un llamamiento al todo que se produce cuando no hereda el instituido y ello es el sustituto. Pero en todo caso, el testador podrá dar referencia al derecho de acrecer que a la sustitución por su sola voluntad al ser esta "Ley de la sucesión".

Los sustitutos pueden ser nombrados conjuntamente y sucesivamente. Cuando hay conjunción se aplican las normas del acrecimiento. Cuando el nombramiento es sucesivo, el segundo sustituto, ocupa el lugar del heredero instituido al faltar el primer sustituto y así sucesivamente sin limitaciones.

5.7.2 Acrecimiento en la Sucesión Testada.

No cabe duda alguna que el acrecimiento solo opere en la sucesión testada más no en la abintestada, esto porque en el fondo, el derecho de acrecimiento no es sino una interpretación de la voluntad del testador por parte del legislador.

Enseguida para que opere el acrecimiento, es necesario que existan dos o más asignatarios, pues si hay uno solo y éste falta, su porción en la herencia no tendrían a cual asignatario acrecer. En tal caso la sucesión será intestado y se aplicarían las reglas tratadas en esta institución.

En los contratos y en las donaciones entre vivos el derecho de crecer no tiene lugar. Si ellos no han sido aceptados, no hay contrato ni donación, la disposición queda sin efecto, y por lo tanto, no puede servir de base al Derecho de Acrecer. Si la donación ha sido afectada, tampoco puede haber derecho de acrecer, porque la cosa pasa a los herederos del aceptante. Sin embargo, si resultase formalmente de los términos de la donación que ella es hecha **in solidum** a cada uno de los donatarios, la no aceptación del uno no podría dañar al otro, pues que el aceptante habría aceptado por el todo, no por el hecho de acrecer, si no por lo que se llama **JUS NON DE CRESENDI.**

5.7.3 Acrecimiento en los Legados.

El Derecho de acrecimiento se presenta tanto en las asignaciones a titulo universal como en las a titulo singular, puede haber acrecimiento tanto en una herencia o legado. Puede decir al testador por ejemplo: dejo mis bienes a Pedro, Juan y Diego, todos estos herederos son llamados a un mismo objeto: la herencia y existe acrecimiento. Pero también puede disponer: lego mi inmueble tal a Pedro y Juan. Igualmente cabe aquí el acrecimiento, porque también los legatarios son llamados a un mismo objeto: el inmueble legado.

5.7.4 Acrecimiento en el Derecho de Usufructo.

Cuando el legado de usufructo hecho conjuntamente a dos individuos, han sido aceptados por ellos, la porción del uno, que después ha quedado vacante por su muerte, no acrece al otro, sino que se consolida a la muerte, no acrece al otro, sino que se consolida a la nuda propiedad, a menos que el testador, expresa o implícitamente, hubiere manifestado la intención de hacer gozar al sobreviviente de la integridad del usufructo.

La consolidación con la nuda propiedad se produce solo cuando faltan todos los usufructuarios. En este caso, en realidad no se trata de un derecho de acrecimiento propiamente tal, pues este supone que falta un asignatario al fallecimiento del causante y en este caso, cuando falleció el testador quien instituyo el usufructo, pudiese ser, que no faltó ninguno de los asignatarios, es decir, de los usufructuarios. Todos estos adquirieron sus derechos y faltaron con posterioridad por lo cual no cabe el acrecimiento.

Todo lo anterior es contrario a lo que dispone el Articulo 1541 C. “El usufructo constituido en provecho de varias personas, no se extinguirá sino hasta la muerte de la ultima que sobreviviere”.

De las anotaciones al pie de página de este Articulo parece resultar que hay lugar al acrecimiento entre varias personas llamadas a gozar al mismo tiempo del usufructo, desde luego que prescribe que no se extinguirá éste si no hasta la muerte de la ultima que sobreviviere.

CONCLUSIÓN

Finalizamos nuestro estudio afirmando que los Derechos de Sustitución y Acrecimiento no se encuentran detalladamente regulados en nuestro Código Civil comparado con España y Chile quienes tienen ampliamente regulados estos dos derechos.

En cuanto a la legislación Argentina podemos decir que regula estos derechos medianamente reconociendo solo una clase de sustitución como es la vulgar igual como lo establece nuestra legislación.

Asimismo concluimos que de estas dos instituciones del Derecho se aplica más en la práctica forense el Derecho de Acrecer, a pesar que en nuestra legislación se establece que es propio de la sucesión testamentaria, en la práctica se observan casos en los que opera en la ab – intestato.

Consideramos que el Derecho de Sustitución es de poco uso porque no existe grandes acumulaciones de riquezas en nuestro medio que distribuir, también debido a la falta de conocimiento por parte de los otorgantes del testamento, y a falta de instrucción por parte de los notarios de poner en conocimientos a los otorgantes de la trascendencia y alcance de estos derechos

en materia sucesoral. De ahí, que estimamos que así como los derechos de alimentos y del ejercicio de la Patria Potestad en el Derecho de familia, son de gran relevancia para el fortalecimiento del núcleo familiar, los derechos de Sustitución y de Acrecimiento en el Derecho Hereditario son de igual importancia para la seguridad y tranquilidad económica de la familia después del fallecimiento del titular del patrimonio.

Ahora bien, el derecho de sustitución excluye al derecho de acrecimiento porque el testador instituye herederos sustitutos a falta de que el instituido no acepta la herencia, la idea del testador es no fallecer intestado y que se interprete la voluntad presunta de él, de ahí que ambas instituciones: la designación de herederos y la sustitución, son derechos instituo personae, aquí se vislumbra la importancia del derecho de sustitución. En tanto que el derecho de acrecer es una forma de nombrar herederos legatarios sustitutos de una parte alícuota de la herencia o del legado, pero con la diferencia que para que haya acrecimiento siempre debe favorecer a un coheredero o a un colegatario del que no quiso o no pudo aceptar el beneficio.

Finalmente que los estudiosos del derecho nicaragüense realicen estudios exhaustivos de las instituciones de sustitución y acrecimiento para hacer las modificaciones pertinentes, con vista a mejorar la regulación o preceptos relativos existentes en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel. Curso de Derecho Civil (Sucesiones) 7ª Edición, vol. 5. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1999. 341 p.

- Alessandri Rodríguez, Arturo. Derecho Civil, Tercer Año: Derecho de Familia, de la Sucesión por causa de muerte. Santiago de Chile: Bellas Artes, 1932. 208 p.

- Castán Tobeñas, José. Derecho Civil español, Común y Foral. 7ª Edición, Tomo VI, vol. 3, Derecho de Sucesiones. Madrid: Reus, 1971. 379 p.

- Código Civil de Chile. Estudio Preliminar del Dr. Pedro Lira Urquieta. Madrid: Instituto de Cultura Hispana. 460 p.

- Código Civil de la República de Argentina (Con las notas de Vélez Sarsfield) y leyes complementarias. Buenos Aires: Lajouane, 1957. 942 p.

- Código Civil de la República de Nicaragua. Managua, Nic.: Tomo I, Casa Editorial Carlos Heuberger, 1933. 433 p.

- Diez Picaso, Luis. Instituciones de Derecho Civil. 2da. Edición. Volumen II/ 2. Madrid: Tecnos, 1998. 407 p.

- Iglesias, Juan. Derecho Romano. Editorial Ariel. S.A. Barcelona, 7ª Edición, noviembre 1982. 774 p.

- Lacruz, José Luis. Derecho de Sucesiones: Parte General. Barcelona: Librería Bosch, 1961. 605 p.

- Lafaille, Héctor. Curso de Derecho Civil (Sucesiones), compilado por Isaura P. Arguello y Pedro Frutos. Buenos Aires: Tall. Graf. Ariel, 1932 – 1933. 366 P.

- Manresa y Navarro, José Maria. Comentario al Código Civil español. 6ª Edición. T. VII. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943 – 1951. 823 p.

- Ortiz Urbina, Roberto J. Derecho de Sucesiones. Managua, Nic.: BITECSA, 1999. 159 p.

- Rivas Martínez, Juan José. Derecho de Sucesiones Común y Foral. 2ª Edición. Madrid: Editorial Dykinson, 1992. 1189 P.

- Roca Sastre, Ramón Ma. Estudios sobre Sucesiones. Tomo I. Madrid: Artes Graficas Soler, 1981. 422 p.

- Romero Meza, Adolfo Germann. El Derecho de Acrecer. León, Nic.: UNAN, 1969. 64 p.

- Somarriba Undurraga, Manuel. Derecho Sucesorio, versión de René Abeliuk. Santiago, Chile: Nascimento, 1961. 743 p.

- Uribe, Luis F. Sucesiones en el Derecho Mexicano. México: Editorial JUS, 1962. 362 p.

ANEXOS

GLOSARIO

Actuario: el encargado de levantar las actas; el escribano o notario ante quienes pasan los autos. Se utiliza este nombre para los escribanos de actuaciones en los juzgados de primera instancia.

Adveración: consiste en asegurar o dar por cierta alguna cosa. Antiguamente se decía también de la certificación o en instrumento acreditativo de algún hecho.

Alícuota: parte contenida exactamente cierto número de veces en un todo, como tres en nueve. Si no, se llaman alicuanta, como 5 en 13.

Amanuense: el que escribe a mano, normalmente se dice de los dependientes de abogados y notarios o escribanos.

Asidero: en lo figurado, pretexto, motivo, ocasión.

Asignatario: cubanismo, que expresa la persona a quien asigna herencia o legado.

Capellan: eclesiástico, en general; y de modo particular, el que tiene una capellanía. Sacerdote que dice misa en una capilla u oratorio privado.

Causahabiente: se dice del titular de derecho que provienen de otra persona, denominada causante o cutor. Quien por herencia o subrogación ha adquirido el derecho perteneciente ante distintos sujetos.

Célibe: Soltero, la persona que no ha contraído matrimonio.

Coheredero: heredero en unión de otro u otros; o sea, el que es llamado junto con algunos más a la sucesión de una herencia.

Colegatario: quien en unión de otros recibe un legado. Las reglas para dividir la cosa común y los derechos de los colegatarios son análogas a lo expuesto al tratar del coheredero.

Conjunción: en el derecho civil, uno de los modos de adquirir el dominio mediante la unión de una cosa ajena a la nuestra para que se da la conjunción existen cinco requisitos: a) Unión de dos cosas muebles, b) que ellas pertenezcan a distintos propietarios, c) Que existe imposibilidad de separar las mismas sin detrimento de su esencia, d) que la unión o agregación no perjudique a la naturaleza de las cosas conjuntadas, e) que dicha reunión se realice sin conocimiento de ambos o de alguno de los dueños.

Dechado: muestra o ejemplar para ser imitando modelos, ejemplo de buenas y malas cualidades.

Delegación: potestad que la ley atribuye a una o mas personas para aceptar o repudiar la herencia a consecuencia de la apertura y de la vocación económica.

Disparidad: desigualdad, diferencia,

Escribano: a mediados del siglo XIX, era el oficial o secretario público que con titulo legislativo, esta destinado a redactar y autorizar con su forma los autos y diligencias de los procedimientos judiciales, como así mismo las escrituras de los actos y contratos que se pasen entre las partes, es decir, el funcionario que goza de la fe publica.

Eventual: sujeto a contingencia, de realización incierta o imprevista.

Fideicomisario: aquel a quien se destina un fideicomiso, es decir, la persona que sucede en los bienes que otro tiene la obligación de conservar y transmitir por haberlo así dispuesto el testador, ya sea al morir a su vez el primer sucesor o luego de transcurrido un plazo o de cumplido ciertas condiciones.

Fideicomiso: disposición de ultima voluntad en virtud de la cual el testador dejo sus bienes o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir esta a su vez, o al cumplirse determinadas condiciones o plazos, transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se le señale.

Fiduciario: es la persona de confianza a cuya buena fe y conciencia se encomienda el testador algún encargo reservado o algún mando para entregarla a otra persona.

Genérico: característico o propio de el común a distintas especies.

Impúber: quien no a alcanzado la edad de la pubertad, aquella que se adquiere la capacidad o facultad de procrear o concebir, presunta a los 12 años en las mujeres y a los 14 años los varones.

Incapacidad: carencia de la aptitud legal para ejercer derechos y obligaciones. En la generalidad de las legislaciones se declara que no pueden heredar: los no concebidos al morir el causante, los concebidos nacidos muertos, los indignos, los desheredados, aquellas conformaciones no permitidas por la ley, los tutores que no hayan rendido cuentas, en relación con sus testigos y el confesor del testador durante la ultima enfermedad de este.

Inhábil: es incapacidad. Es la declaración de que alguien no puede, por causas naturales, morales o de otra especie, desempeñar un cargo, realizar un acto o proceder en alguna esfera de la vida jurídica.

Instituido: el nombrado heredero o legatario.

Lazareto: hospital o establecimiento aislado, o debidamente protegido, donde cumple la cuarentena sanitaria, en puertos, fronteras o aeropuertos, los llegados de países o lugares donde existe alguna enfermedad contagiosa o por sospechas de tal peligro.

Legación: representación que un gobierno confiere a una persona cerca de otro gobierno, como embajador, ministro plenipotenciario o encargado de negocios.

Mandas: oferta de dar una cosa a otro. Donación que hace por testamento. Admite dos formas: la directa o legado y la indirecta o fideicomiso.

Peculio: dinero propio de una persona patrimonio o caudal perteneciente al hijo de familia y antaño al siervo, con cierta independencia con respecto al padre o señor.

Premoriencia: muerte antenor con relación a la que sobrevive. La prioridad en la muerte tiene gran trascendencia en el derecho sucesorio; en primer termino por que solo se hereda a quien a muerto y también por las susticiones, fideicomisos transmisiones de herencias o legado pendiente alguna condición o por morir sin haber aceptado o renunciado la institución hecha por el de origen.

Protocolización: incorporación que al protocolo hace un notario o escribanos de las actas o documentos que autoriza, y de aquellos que los particulares solicitan o por las autoridades jurídicas se dispone.

Puridad: pureza o perfección. En puridad significa con claridad y sin rodeo, por una parte, y en secreto o reservadamente, por otra.

Repudiación: rechazar, renuncia de una sucesión legítima o ab intestado. Manifestación impresa o tasita, aunque la desconozcan las leyes, de un heredero voluntario, forzoso o legitimo que le priva de su condición de sucesor del causante, y borra los efectos del clamamiento hereditario.

Senil: relativo a la vejez. La ancianidad en sus manifestaciones de decadencia fisiológicas inevitable y la ineluctable mental.

Sitiada: Es decir, uno está inmovilizado. Aplícase no sólo a un individuo u otro ser vivo, sino a grupos --un ejército, por ejemplo-- y comunidades e incluso a sociedades enteras.

DISPOSICIONES DE NICARAGUA

TITULO XX

DEL DERECHO DE ACRECER

Arto. 1177.- El derecho de acrecer no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias.

Artos. 746, 783, 1002, 1165, 1186. 1193, 1541, 2733 inc. 3º-2782. 3627, 3642 C.; B.J. 7699

Arto. 1178.- El derecho de acrecer es el derecho que pertenece, en virtud de la voluntad presunta del difunto, a un legatario o heredero, de aprovechar la parte de su colegatario o coheredero, cuando éste no la recoge. B.J. 1436-7699.

Arto. 1179.- Habrá acrecimiento en las herencias y legados, cuando diferentes herederos o legatarios sean llamados conjuntamente a una misma cosa en el todo de ella. Arto. 1185 C: B.J. 1436-7699.

Arto. 1180.- La disposición testamentaria es reputada hecha conjuntamente, cuando el mismo objeto es dado a varias personas, sin asignación de la parte de cada uno de los legatarios o herederos en el objeto de la institución o legado. Artos. 971-972-1213-1214 C.; B.J. 1436.

Arto. 1181.- Cuando el testador ha asignado partes en la herencia o en la cosa legada, el acrecimiento no tiene lugar.

Arto. 1182.- La asignación de partes que sólo tenga por objeto la ejecución del legado, o la partición entre los legatarios de la cosa legada en común, no impide el derecho de acrecer.

Arto. 1183.- El legado se reputa hecho conjuntamente, en todos los casos en que un solo y mismo objeto, susceptible o no de ser dividido sin deteriorarse, ha sido dado en el

testamento a muchas personas, sea por disposiciones separadas del mismo acto, o sea por actos diversos. Artos. 1179-11901-1213 C.

Arto. 1184.- El legado hecho conjuntamente debe ser reputado tal, aun cuando el testador hubiere sustituido a uno o muchos de los legatarios conjuntos. Artos. 1189-1191 C.

Arto. 1185.- Cuando el legado de usufructo hecho conjuntamente a dos individuos, ha sido aceptado por ellos, la porción del uno, que después ha quedado vacante por su muerte, no acrece al otro, sino que se consolida a la nuda propiedad, a menos que el testador, expresa o implícitamente, hubiere manifestado la intención de hacer gozar al sobreviviente de la integridad del usufructo. Artos. 1541-3642 C.

Arto. 1186.- Si el testador, haciendo un legado que según los artículos anteriores hubiere de ser reputado hecho conjuntamente, hubiere prohibido todo acrecimiento, o si haciendo un legado que no sea hecho conjuntamente, hubiere establecido el derecho de acrecer los colegatarios, su disposición debe prevalecer sobre las disposiciones de este Titulo. Artos. 1178-2782 C.

Arto. 1187.- Cuando tiene lugar el derecho de acrecer, la porción vacante de uno de los colegatarios se divide entre todos los otros, en proporción de la parte que cada uno de ellos esta llamado a tomar en el legado. El derecho de acrecimiento impone a los legatarios que quieran recibir la porción caduca en la persona de uno de ellos, la obligación de cumplir las cargas que le estaban impuestas. Artos, 1133-1165-1179 C.

Arto. 1188.- Si las cargas fueren por su naturaleza meramente personales al legatario, cuya parte en el legado ha caducado, no pasan a los otros colegatarios. Artos. 1103-1850-1870-2439 C.

Arto. 1189.- Los colegatarios a beneficio de los cuales se abre o puede abrirse el derecho de acrecer, lo tramiten a sus herederos con las porciones que en el legado les pertenecen.

Arto. 1190.- El derecho de transmisión, establecido por el artículo 982, excluye al derecho de acrecer. Arto. 1193. C.;

DE LA SUSTITUCIÓN

Arto. 1191.- La sustitución vulgar es la única permitida por este Código. Artos. 950, 1481, 1558, 1880, 2783, C.; B.J. 12205.

La sustitución vulgar, es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferirse la asignación, llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que exijan su derecho eventual. No se entiende faltar el asignatario que una vez aceptó, salvo que se invalide la aceptación.
Artos 988, 991, 992, 1006, C.; B.J. 7769.

Arto.1192.- La sustitución que se hiciere expresamente para algunos de los casos en que pueda faltar el asignatario, se entenderá hecha para cualquier de los otros en que llegare a faltar, salvo que el testador haya expresado voluntad contraria.

Arto.-1193.- El derecho de transmisión excluye al de sustitución. Y el de sustitución al de acrecimiento. Artos 982- 1190 C.;

Arto. 1194.- Los sustitutos pueden ser nombrados conjunta o sucesivamente.

Arto. 1195.- El segundo sustituto, faltando el primero, lo es del heredero instituido.

Arto. 1196.- No puede ser sustitutos los que son incapaces para ser herederos.

DISPOSICIONES DE ARGENTINA

Título XIV De la institución y sustitución de heredero

Artículo 3724

. El testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando este heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia. Sólo esta clase de sustitución es permitida en los testamentos.

Artículo 3725

. La sustitución simple y sin expresión de casos comprende los dos: el caso en que el heredero instituido no quiera aceptar la herencia, y el caso en que no pudiera hacerlo. La sustitución para uno de los dos casos comprende también al otro.

Artículo 3726

. Pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola, y por el contrario, una sola a dos o más personas.

Artículo 3727

. Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos instituidos en partes desiguales, tendrán éstos en la sustitución las mismas partes que en la institución, si el testador no ha dispuesto lo contrario.

Artículo 3728

. El sustituto del sustituto se entiende también serlo del heredero nombrado en primer lugar.

Artículo 3729

. El heredero sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no aparece claramente que el testador quiso limitarlas a la persona del instituido.

Artículo 3730

. La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución del heredero, ni los derechos del llamado antes.

Artículo 3731

. Lo dispuesto en este título sobre las sustituciones de herederos es aplicable igualmente a los legatarios.

Artículo 3732

. Son de ningún valor las disposiciones del testador, por las que llame a un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia, al morir el heredero instituido, y por las que declare inenajenable el todo o parte de la herencia.

Título XVIII

Del derecho de acrecer

Artículo 3810.-

El derecho de acrecer no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias.

Artículo 3811.-

El derecho de acrecer es el derecho que pertenece en virtud de la voluntad presunta del difunto a un legatario o heredero, de aprovechar la parte de su colegatario o coheredero, cuando éste no la recoge.

Artículo 3812.-

Habrá acrecimiento en las herencias y legados, cuando diferentes herederos o legatarios sean llamados conjuntamente a una misma cosa en el todo de ella.

Artículo 3813.-

La disposición testamentaria es reputada hecha conjuntamente, cuando el mismo objeto es dado a varias personas, sin asignación de la parte de cada uno de los legatarios o herederos en el objeto de la institución o legado.

Artículo 3814.-

Cuando el testador ha asignado partes en la herencia o en la cosa legada, el acrecimiento no tiene lugar.

Artículo 3815.-

La asignación de partes que sólo tengan por objeto la ejecución del legado, o la partición entre los legatarios de la cosa legada en común, no impide el derecho de acrecer.

Artículo 3816.-

El legado se reputa hecho conjuntamente en todos los casos en que un solo y mismo objeto, susceptible o no de ser dividido sin deteriorarse, ha sido dado en el testamento a muchas personas, sea por disposiciones separadas del mismo acto, o sea por actos diversos.

Artículo 3817.-

El legado hecho conjuntamente debe ser reputado tal, aun cuando el testador hubiese sustituido a uno o muchos de los legatarios conjuntos.

Artículo 3818.-

Cuando el legado de usufructo, hecho conjuntamente a dos individuos, ha sido aceptado por ellos, la porción del uno, que después ha quedado vacante por su muerte, no acrece al otro, sino que se consolida a la nuda propiedad, a menos que el testador, expresa o implícitamente, hubiese manifestado la intención de hacer gozar al sobreviviente de la integridad del usufructo.

Artículo 3819.-

Si el testador, haciendo un legado que según los artículos anteriores debiese ser reputado hecho conjuntamente, hubiere prohibido todo acrecimiento, o si haciendo un legado que no sea hecho conjuntamente hubiere establecido el derecho de acrecer entre los co legatarios, su disposición debe prevalecer sobre las disposiciones de este título.

Artículo 3820.-

Cuando tiene lugar el derecho de acrecer, la porción vacante de uno de los colegatarios se divide entre todos los otros, en proporción de la parte que cada uno de ellos está llamado a tomar en el legado.

Artículo 3821.-

El derecho al acrecimiento impone a los legatarios que quieran recibir la porción caduca en la persona de uno de ellos, la obligación de cumplir las cargas que les estaban impuestas.

Artículo 3822.-

Si las cargas fuesen por su naturaleza meramente personales al legatario, cuya parte en el legado ha caducado, no pasan a los otros colegatarios.

Artículo 3823.-

Los colegatarios a beneficio de los cuales se abre o puede abrirse el derecho de acrecer, lo transmiten a sus herederos con las porciones que en el legado les pertenecen.

DISPOSICIONES DE CHILE

Del derecho de acrecer

Art. 1147. Destinado un mismo objeto a dos o más asignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de éste se junta a las porciones de los otros, se dice acrecer a ellas.

Art. 1148. Este acrecimiento no tendrá lugar entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado: cada parte o cuota se considerará en tal caso como un objeto separado; y no habrá derecho de acrecer sino entre los coasignatarios de una misma parte o cuota.

Si se asigna un objeto a dos o más personas por iguales partes, habrá derecho de acrecer.

Art. 1149. Habrá derecho de acrecer sea que se llame a los coasignatarios en una misma cláusula o en cláusulas separadas de un mismo instrumento testamentario.

Si el llamamiento se hace en dos instrumentos distintos, el llamamiento anterior se presumirá revocado en toda la parte que no le fuere común con el llamamiento posterior.

Art. 1150. Los coasignatarios conjuntos se reputarán por una sola persona para concurrir con otros coasignatarios; y la persona colectiva formada por los primeros, no se entenderá faltar, sino cuando todos éstos faltaren.

Se entenderán por conjuntos los coasignatarios asociados por una expresión copulativa como Pedro y Juan, o comprendidos en una denominación colectiva como los Hijos de Pedro.

Art. 1151. El coasignatario podrá conservar su propia porción y repudiar la que se le defiere por acrecimiento; pero no podrá repudiar la primera y aceptar la segunda.

Art. 1152. La porción que acrece lleva todos sus gravámenes consigo, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del coasignatario que falta.

Art. 1153. El derecho de transmisión establecido por el artículo 957, excluye el derecho de acrecer.

Art. 1154. Los coasignatarios de usufructo, de uso, de habitación, o de una pensión periódica, conservan el derecho de acrecer, mientras gozan de dicho usufructo, uso, habitación o pensión; y ninguno de estos derechos se extingue hasta que falte el último coasignatario.

Art. 1155. El testador podrá en todo caso prohibir el acrecimiento.

De las sustituciones

Art. 1156. La sustitución es vulgar o fideicomisaria.

La sustitución vulgar es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferírsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual.

No se entiende faltar el asignatario que una vez aceptó, salvo que se invalide la aceptación.

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

Art. 1158. La sustitución puede ser de varios grados, como cuando se nombra un sustituto al asignatario directo, y otro al primer sustituto.

Art. 1159. Se puede sustituir uno a muchos y muchos a uno.

Art. 1160. Si se sustituyen recíprocamente tres o más asignatarios, y falta uno de ellos, la porción de éste se dividirá entre los otros a prorrata de los valores de sus respectivas asignaciones.

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

Art. 1162. Si el asignatario fuere descendiente del testador, los descendientes del asignatario no por eso se entenderán sustituidos a éste; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria

Art. 1163. El derecho de transmisión excluye al de sustitución, y el de sustitución al de acrecimiento.

Art. 1164. Sustitución fideicomisaria es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

La sustitución fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el título De la propiedad fiduciaria.

Art. 1165. Si para el caso de faltar el fideicomisario antes de cumplirse la condición, se le nombran uno o más sustitutos, estas sustituciones se entenderán vulgares, y se sujetarán a las reglas de los artículos precedentes.

Ni el fideicomisario de primer grado, ni sustituto alguno llamado a ocupar su lugar, transmiten su expectativa, si faltan.

Art. 1166. La sustitución no debe presumirse fideicomisaria, sino cuando el tenor de la disposición excluye manifiestamente la vulgar.

DISPOSICIONES DE ESPAÑA

DE LAS SUSTITUCIONES

Artículo 774

Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia.

La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

Artículo 775

Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.

Artículo 776

El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.

Artículo 777

Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos.

Artículo 778

Pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola; y al contrario, una sola a dos o más herederos.

Artículo 779

Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

Artículo 780

El sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido.

Artículo 781

Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Artículo 782

Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.

[Este articulo está redactado conforme al art. 10 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de

modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19-11-2003, pp. 40852-40863).

Artículo 783

Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.

El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.

Artículo 784

El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.

Artículo 785

No surtirán efecto:

1. Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.
2. Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781.
3. Las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente más allá del segundo grado, cierta renta o pensión.
4. Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

Artículo 786

La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.

Artículo 787

La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo a varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781.

Artículo 788

Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de los pobres o de cualquiera establecimiento de beneficencia o de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización e imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la Autoridad administrativa a quien corresponda con arreglo a las leyes.

Artículo 789

Todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios

SECCIÓN TERCERA

DEL DERECHO DE ACRECER

Artículo 981

En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos.

Artículo 982

Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:

1. Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes.
2. Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie la herencia, o sea incapaz de recibirla.

Artículo 983

Se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero.

La frase "por mitad o por partes iguales" u otras que, aunque designen parte alícuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.

Artículo 984

Los herederos a quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla.

Artículo 985

Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño.

Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer.

Artículo 986

En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones.

Artículo 987

El derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.

BOLETIN JUDICIAL DE LA GACETA

ORGANO DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA

República de Nicaragua, Centro América

AÑO II - MANAGUA, 31 DE ENERO DE 1917 - NUM. 166

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – *Managua, diez y seis de enero de mil novecientos diez y siete. Las nueve de la mañana.*

RESULTA:

I

El 2 de mayo de 1911, se presentó al Juzgado de 2º de lo Civil de este Distrito el doctor ALEJANDRO CORTES, abogado, viudo y de este vecindario, y dijo: que esa albacea de la testamentaría del doctor BASILIO MARIN y apoderado generalísimo de sus únicos y universales herederos don OCTAVIO MARIN, doña MATILDE MARIN DE PEREZ ALONSO, de los menores hijos de don ARISTIDES y JOSE MARIA; y además representante legal de sus propias hijas las menores MANUELA, OFELIA, AMANDA, ISABEL y CARMEN CORTES, herederas también del doctor MARIN, según todo consta del testamento inscrito el 19 de abril de 1911 y del poder que acompaña. Que en la ejecución seguida por el doctor MANUEL MALDONADO contra el expresado don ARISTIDES MARIN se embargaron los derechos hereditarios que se suponía tener éste en las sucesiones de su padre doctor MARIN se embargaron los derechos hereditarios que se suponía tener éste en las sucesiones de su padre doctor MARIN y de su madre doña CARMEN ALONSO DE MARIN, por lo cual, el dicente en el carácter ya indicado entabla ***tercería excluyente*** de dominio en todos los bienes, derechos y acciones de las testamentarías de los padres de ejecutado. Se fundó en que don ARISTIDES MARIN no tiene derecho en la sucesión, porque no fue instituido heredero, y porque la parte intestada del doctor MARIN acrece a los herederos testamentarios ya mencionados OCTAVIO, MATILDE, los hijos de don ARISTIDES y los hijos del exponente. Que esto es así, porque en la cláusula cuarta del testamento otorgado por el doctor MARIN el 8 de diciembre de 1905 en el oficio del Notario don PEDRO GONZALEZ, se instituyó por únicos y universales herederos a su esposa doña CARMEN ALONSO DE MARIN y a las otras personas nominadas OCTAVIO, MATILDE, los hijos de ARISTIDES y los hijos del ***petente***, y porque habiendo fallecido doña CARMEN ALONSO DE MARIN antes que su esposo, el derecho de ella a la herencia, quedó sin valor legal, acreciendo en tanto a los herederos instituidos. En conclusión, el doctor CORTES pidió: 1º. Que la acción deducida por el doctor MALDONADO contra don ARISTIDES MARIN no ha podido ni podrá dirigirse contra los bienes, derechos y acciones de las testamentarías de doña CARMEN ALONSO DE MARIN y del doctor BASILIO MARIN, que pertenecen de modo exclusivo a sus comitentes y representados, debiendo en consecuencia levantarse el embargo y ordenarse la cancelación de las inscripciones del Registro Público; y 2º que el doctor

MALDONADO pague a los terceristas los daños y perjuicios ocasionados con motivo del embargo.

II

De la demanda se corrió traslado al ejecutante doctor MALDONADO y al ejecutado don ARISTIDES MARIN. El primero la contestó negándola y entre otras cosas dijo: que la herencia vacante de doña CARMEN ALONSO DE MARIN no puede acrecer a favor de los que iban a ser sus coherederos, porque habiendo dividido el doctor MARIN su herencia en cinco partes, según la cláusula 4ª de su testamento, debe aplicarse el artículo 1181 C., que dice que cuando el testador ha asignado partes en la herencia o en la cosa legada, el acrecimiento no tiene lugar. Y el segundo la contestó allanándose a ella.

III

Las pruebas presentadas por el actor son las que siguen: 1ª, el testamento otorgado ante el Notario doctor don MAXIMO H. ZEPEDA, en León, el 1º de septiembre de 1904 por doña CARMEN ALONSO DE MARIN. En la cláusula 3ª instituyó por único y universal heredero a su esposo el doctor don BASILIO MARIN; 2ª, el testamento otorgado por éste, en esta capital, ante el Notario doctor don PEDRO GONZALEZ, el 8 de diciembre de 1905. En la cláusula 4ª el testador dijo: que es su voluntad instituir, como en efecto instituye, únicos y universales herederos de sus bienes a su esposa doña CARMEN ALONSO DE MARIN y a sus hijos don OCTAVIO MARIN y doña MATILDE MARIN DE PEREZ ALONSO; a sus nietas MANUELA, OFELIA, AMANDA, ISABEL y CARMEN CORTES, hijas legítimas de su difunta hija CARMEN MARIN DE CORTES y a sus nietos BASILIO, ENRIQUE y ARISTIDES MARIN, hijos legítimos de su hijo ARISTIDES y los demás que éste tenga de legítimo matrimonio. La herencia se dividirá en cinco partes: una para su esposa, otra para su hija MATILDE, otra para su hijo OCTAVIO, otra para los hijos de su hija CARMEN, entre quienes se dividirá por iguales partes; y otra para los hijos de su hijo ARISTIDES, entre los cuales se dividirá también por igual; 3ª., la partida de defunción de doña CARMEN ALONSO DE MARIN. Murió ésta el 8 de marzo de 1907 en la capital; y 4ª, la partida de defunción del doctor MARIN. Falleció él, también en la capital, el 2 de abril de 1911. Con estos elementos, el Juez pronunció la sentencia de la ocho y media de la mañana del 5 de octubre de 1911, cuya parte resolutiva dice así: Que la acción deducida por el doctor MANUEL MALDONADO contra el señor ARISTIDES MARIN no puede dirigirse contra los bienes, derechos y acciones de las testamentarías de doña CARMEN ALONSO DE MARIN y del doctor BASILIO MARIN, heredero único de aquélla, lo cuales pertenecen de modo exclusivo a los terceristas, debiendo en consecuencia levantarse el embargo de esos bienes, y cancelarse las inscripciones del Registro Público. No hay especial condenación de costas, etc.” Desechada la reforma pedida sobre daños y perjuicios por el doctor CORTES, de la referida sentencia, el Juez admitió la apelación que interpuso contra la misma el doctor MALDONADO, razón por la cual llegaron los autos a la Sala de lo Civil de la Honorable Corte de Apelaciones de Granada. Tramitado el recurso, el Tribunal, a las nueve de la mañana del 26 de septiembre de 1913, falló de este modo: “No ha lugar a la demanda de tercería de que se ha hecho relación. Queda así revocada la resolución recurrida, sin especial condenación de costas para los demandantes, etc.

IV

El doctor don DAVID OSORNO, mandatario de los actores, interpuso en tiempo, contra la expresada sentencia, recurso de casación en el fondo, que apoyó en las causales 1ª, 2ª, y 10ª del artículo 2057 Pr. por violación y aplicación indebida de los artículos 1178, 1179, 1180, 1182, 936, 950 C. y 54 Cn. Se admitió el recurso, llegando el juicio al conocimiento de esta Corte Suprema de Justicia, dándosele la tramitación legal. Se tuvo por personados al doctor CORTES en representación de sus hijas y de la testamentaría del doctor MARIN como albacea; a los señores OCTAVIO y ARISTIDES MARIN, al primero por sí, y al segundo como representante legal de sus menores hijos; al doctor MANUEL PEREZ ALONSO como apoderado de su señora esposa doña MATILDE MARIN; y al doctor FRANCISCO PANIAGUA PRADO, como procurador del doctor MANUEL MALDONADO.

CONSIDERANDO:

I

Que según el artículo 1178 C., el derecho de acrecer es el derecho que pertenece, en virtud de la ***voluntad*** presunta del difunto, a un legatario o heredero, de aprovechar la parte su colegatario o coheredero, ***cuando éste no la recoge***. Que habiendo fallecido la esposa del doctor MARIN antes que él, conviene saber si la 5ª parte intestada que quedó refundida en el último por la muerte de aquélla, debe distribuirse entre los herederos testamentarios sin incluir a don ARISTIDES, o si debe tomarse a éste en cuenta por su representación propia, excluyendo a sus menores hijos. Que planteada así la cuestión legal, es obvio que en todo acto testamentario impera la voluntad del testador, a menos que haya voluntad expresa que la contradiga. Que en el presente caso, se observa clara y explícita la voluntad del doctor MARIN al preferir a don ARISTIDES por sus hijos, voluntad que no contradijo el testador en ninguna de las otras cláusulas de su testamento y que encuentra apoyo en la ley, pues el artículo 1179 del Código indicado establece que habrá acrecimiento en las herencias legados, cuando diferentes herederos o legatarios sean llamados ***conjuntamente a una misma cosa en el todo de ella***. Así sucede en el caso de autos, una vez que el testador dispuso de la masa hereditaria, señalando a cada heredero, no una parte determinada o concreta de la herencia, sino partes alícuotas iguales en el todo que constituye la universalidad del título, partes alícuotas que están sujetas a una partición posterior. En virtud de lo dicho, el Supremo Tribunal no admite la tesis que se pretende apoyar en el artículo 1181, que establece no haber lugar al acrecimiento cuando el testador ha asignado partes en la herencia o en la cosa legada, porque estas ***partes*** se refieren a las determinadas en que se divide la herencia, asignando una de ellas a cada legatario, caso en que no hay acrecimiento, o bien a la ***cosa concreta*** de la masa hereditaria, en donde puede tener cada heredero o legatario, partes alícuotas o determinadas, casos en que tampoco hay acrecimiento. Pueden verse los comentarios de los artículos 3846 y 3848 del Código Civil argentino, exactamente iguales a los artículos 1179 y 1181 de nuestro Código Civil. Aquellos comentarios en sus artículos respectivos dicen en la parte conducentes: “..... El acrecimiento se causa, no precisamente por las palabras que forman la conjunción, sino en virtud del a universalidad del título que absorbe todo, por lo mismo que es universal” .“Esta era la conjunción ***versistantum***, que no daba lugar al derecho de acrecer por las Leyes Romanas ni lo da por los códigos modernos. Por ejemplo, TICIO lega su casa a PRIMO y a SEGUNDO para que aquél tenga los tres cuartos de ella, y éste un cuarto .Si

SEGUNDO pudiese tener más de lo que se le ha asignado, la voluntad del testador sería violada". También pueden verse la resolución del Tribunal Supremo español de fecha 4 de abril de 1903 que corre a la página 180 del apéndice de 1903, del "Boletín Jurídico Administrativo" fundado por el tratadista don MARCELO MARTINEZ ALCUBILLA y la sentencia de 2 de junio de 1869 que se halla en la página 165 del Tomo I del "Diccionario de la Administración Española" por el mismo autor, edición de 1892.

POR TANTO:

De conformidad con las disposiciones citadas y el artículo 2109 Pr., los infrascritos Magistrados dijeron: Se casa la sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones de Granada, a las nueve de la mañana del veintiséis de septiembre de mil novecientos trece. En consecuencia, se declara que ha lugar a la tercería de que se ha hecho mérito y a que se levante el embargo ordenado, debiendo cancelarse las inscripciones respectivas del Registro Público. No hay daños y perjuicios ni costas por haber tenido el perdidoso motivos racionales para litigar. Vuelvan los autos al Juzgado de su origen con testimonio de lo resuelto y líbrese la ejecutoria de ley. Cópiese, notifíquese y publíquese – Manuel Pasos – J. M. Siero – Santos Flores L. – Francisco Machado – De conformidad con el artículo 430 Pr., hago constar que esta sentencia fue dictada por los señores Magistrados que la suscriben y por el doctor Alfonso Solórzano, quien no la firma por haber dejado de ser Magistrado. Managua, dieciséis de enero de mil novecientos diecisiete – Lorenzo Espinosa. Es conforme – Managua, diecisiete de enero de mil novecientos diecisiete – Lorenzo Espinosa.

B.J.1436

B.J.1437

B.J.1438

B.J.1439

TERCERÍA

SENTENCIAS DEL MES DE OCTUBRE DE 1976

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — Managua, D. N., seis de Octubre de mil novecientos setenta y seis. Las doce y treinta minutos de la mañana.

VISTOS,

RESULTA:

Ante el Señor Juez de Distrito para lo Civil de Jinotega se presentó el 9 de Enero de 1974 el señor Amado López Zeledón, casado, agricultor y de aquel domicilio, manifestando literalmente: "Por escritura Pública de las doce meridianas del día tres de Abril del año mil novecientos setenta y uno, autorizada en esta ciudad por el Notario Doctor Alfredo Palacios Palacios, y que se encuentra pendiente de inscripción, la señora Mercedes Herrera viuda de López, mayor de edad, del estado civil indicado, ama de hogar y del domicilio de Jinotega, como madre legítima de sus menores hijos bajo su patria potestad: Luz Argentina, Floravanti y Julio César, los tres de apellidos López Herrera, cedió a favor del señor José Ramón Lanzas Aráuz, quien es mayor de edad, casado, agricultor y de este domicilio, los derechos hereditarios que en la sucesión del difunto Moisés López Zeledón, quien fue mayor de edad, casado, agricultor y de este domicilio, les correspondían. Posteriormente los referidos derechos hereditarios fueron cedidos por el señor Lanzas Aráuz a la ya nominada señora Herrera viuda de López, según escritura pública autorizada en esta ciudad a las dos de la tarde del día tres de Abril de año mil novecientos setenta y uno, por el Notario Doctor Alfredo Palacios Palacios, la cual también se encuentra pendiente de inscripción. Sucede Señor Juez, que la cesión de los derechos hereditarios de Moisés López Zeledón de generales anteriormente expresadas se hicieron con el propósito velado de darle y que se llevó a cabo conforme a escritura pública autorizada en esta ciudad a las cinco de la tarde del día treinta de Junio del año mil novecientos setenta y uno, por el Notario doctor Alfredo Palacios Palacios, transcripción de bienes que se refiere o más bien se hizo sobre el caudal relicto que dejara el difunto don Emilio López Zeledón, quien fue mayor de edad, viudo, agricultor y de este domicilio y quien falleció a las nueve y cuarenta y cinco minutos de la noche del día dieciocho de Febrero de mil novecientos setenta y uno el cual otorgó testamento ante los oficios notariales del Doctor Alfredo Palacios Palacios a las tres de la tarde del día tres de Octubre de mil novecientos cincuenta y nueve que figura inscrito en el Registro de Personas del Registro Público de este departamento bajo el número seis mil cuatrocientos veintidós a páginas noventa y siete y noventa y ocho, Tomo veinte, del citado registro, testamento en el cual se me instituye junto con el difunto Moisés López Zeledón herederos universales en los bienes, derechos, acciones del citado Emilio López Zeledón, transcripción de bienes que se encuentra inscrita en el Registro Público de este Departamento bajo el Número cuatro mil trescientos noventa y ocho, Asiento Octavo, folio sesenta y seis y sesenta y siete del Tomo 50 del Registro Público del Departamento, que corresponde a un derecho de quince veintiochoavas partes en la finca llamada El Paraíso ubicada en el sitio de Santa Bárbara de Yupalí en La Concordia Departamento de Jinotega las que equivalen a doscientas ochenta hectáreas de extensión cercadas con alambre de púas conteniendo potreros, casa de habitación de cuatro corredores y una fábrica de hacer dulce de rapadura. Que la transcripción de esta finca o derechos a favor de la señora Mercedes viuda de López son nulos porque su causante Moisés López Zeledón nunca llegó a adquirir los bienes relictos de don Emilio López Zeledón por haber muerto Moisés antes que Emilio ya que según las certificaciones registrales Moisés López Zeledón murió el dieciséis de Mayo de mil novecientos sesenta y Emilio López Zeledón falleció el dieciocho de Febrero de mil novecientos setenta y uno. Que conforme el Arto. 977 inciso 1º C. la institución de herederos caduca cuando el heredero falleciere antes que el testador y que como yo desconocía por mi falta de pericia del Derecho, tal disposición y su alcance no me fue explicado en forma clara por el abogado quien encomendó para arreglar este asunto, las cosas han llegado al estado actual que es como me he dado cuenta del engaño de que he sido objeto por lo cual demando a la señora Mercedes Herrera viuda de López, en juicio ordinario de mero derecho para que su autoridad declare: la nulidad de la transcripción o traspaso de herencia a favor de ella, de los bienes que a la muerte dejara don Emilio López Zeledón transcripción hecha bajo el número y folio referidos atrás. Protesto las costas y *estimo esta acción en Tres Mil Córdobas.* El Juzgado mandó anotar la demanda y corrió traslado a la demandada quien

la contestó negándola, rechazándola y contradiciéndola y especialmente dijo: a) No es cierto que el señor Amado López Zeledón haya sido sorprendido en su buena fe ni mucho menos engañado, porque precisamente a la muerte de don Emilio López Zeledón, él fue a buscar el testamento y nos requirió para que le ayudáramos a entrar en posesión de la herencia, reconociéndonos el derecho sobre la mitad de esos bienes; b) En el presente caso no se trata de una simple transcripción de bienes, sino que por medio de la escritura de las cinco de la tarde del treinta de Junio de mil novecientos setenta y uno, autorizada en esta ciudad por el Notario, Doctor Alfredo Palacios Palacios, lo que se efectuó fue una partición extrajudicial, reconociendo las voces del testamento otorgado por el señor Emilio López Zeledón; c) En la partición de los bienes que a su muerte dejó don Emilio López Zeledón, se procedió a reconocer a la sucesión de don Moisés López Zeledón, de la cual soy cesionaria, como heredera ab-intestato de la sucesión de don Emilio López Zeledón, por la sencilla razón de que don Amado López Zeledón no puede alegar el dominio total de la propiedad, porque si don Moisés López Zeledón falleció antes que el testador Emilio López Zeledón, la sucesión de este último quedó parte testada y parte intestada, porque no se estableció el derecho de acrecer a favor del señor Amado López Zeledón y éste por sí y ante sí,, no puede alegar dominio absoluto sobre la propiedad. Hay algo más, cuando don Emilio López Zeledón estaba grave, quiso modificar su testamento a favor de los hijos de don Moisés López Zeledón, por la razón de que don Amado López Zeledón en vida del testador le entabló juicios en el Juzgado de Distrito a su cargo precisamente porque se disputaba el riego de una parcela de terreno. Niego que se hayan inventado trucos para engañar al demandante, para llevar a efecto la partición extrajudicial, porque quien hizo todas las gestiones legales para llevarla a efecto, fue el mismo señor Amado López Zeledón. Una vez practicada la partición extrajudicial de los bienes de Emilio López Zeledón, el señor Amado López Zeledón, empezó a cumplir con los derechos de condominio pero como resulta que el legatario de cinco mil córdobas hace como dos meses Ramón Díaz López, reclamaba su legado de Cinco Mil Córdobas, yo lo despaché donde Amado López Zeledón para tratar del pago de ese legado y él le contestó al legatario: Que el legado no era de cinco mil córdobas sino de quinientos córdobas. Esto molestó al señor Amado López Zeledón y por ese motivo ha entablado una demanda que estoy contestando en forma negativa, por las razones antes expuestas. El señor Amado López Zeledón nada gana con la demanda, porque en el remoto caso que se declarara con lugar, la mitad de esos bienes pasarían a mi poder como Cesionaria de los Derechos Hereditarios de la sucesión de Moisés López Zeledón, que sería el heredero intestado de la mitad de la finca porque como dijo antes, no se estableció el derecho de acrecer a favor de don Amado López Zeledón en el testamento otorgado por Emilio López Zeledón. a) El demandado además de contestar negativamente la demanda acompañó el testamento otorgado por Moisés López Zeledón y una escritura de cesión de derechos hereditarios a favor de José Ramón Lanzas Aráuz en la sucesión de Moisés López Zeledón y otra por la que Lanzas Aráuz le cedió a la demandada tales derechos por la suma de Veinte Mil Córdobas, folios 15 y 16 1ª Inst., opuso la excepción perentoria de falta de acción y pidió el afianzamiento de costas. Rendida que fue esta caución y siendo el juicio de mero derecho por estar justificados los hechos con instrumentos públicos no contradichos por las partes, el juez dictó sentencia el seis de Febrero de mil novecientos setenta y cuatro, a las diez de la mañana conforme el Arto. 1084 Pr., la que en su parte resolutiva dice: "1º)—Ha lugar a la demanda ordinaria que con acción de nulidad ha interpuesto ante esta autoridad, el señor Amado López Zeledón en contra de la señora Mercedes Herrera viuda de López, por lo que hace a las transcripción de bienes, pertenecientes a don Emilio López Zeledón y que supuestamente fueron adquiridos por el señor Moisés López Zeledón. Por tanto, la transcripción de los bienes de don Emilio López Zeledón debe hacerse únicamente a favor de don Amado López Zeledón; 2)—Son las costas a cargo de la señora Mercedes Herrera viuda de López; 3º)—Cópiese y Notifíquese". Apelada que fue esta resolución por el doctor Edmundo López como apoderado general judicial de la señora Mercedes Herrera vda. de López, fue admitida por el Juez y los autos subieron a la Honorable Corte de Apelaciones, Sala Civil de Matagalpa, personándose el mismo doctor López por la recurrente y el doctor Alejandro Fajardo Rivas por el recurrido. Tramitado en forma el recurso la Honorable Sala dictó sentencia a las diez y quince minutos de la mañana del trece de Agosto de mil novecientos setenta y cuatro resolviendo: "Sin especial condenatoria en costas en esta instancia se confirma en todas sus partes la resolución apelada de que se ha hecho mérito". De este fallo el apoderado doctor Edmundo López entabló recurso de casación en cuanto al fondo con base en el Arto. 2057 Pr. y en las causales 2ª, 7ª y 10ª precisando como violados para la causal 2ª los Artos. 1841 C. y

contra el error de derecho causal 7ª mal intepretados los Artos. 1841, 2496, 2497 y 2498C. y los Artos. 1177, 1178, y 1179 C. y para la causal 10ª señaló como violadas las disposiciones anteriores y el Arto. 1022 C. Fue admitido el recurso y emplazadas las partes ante esta Corte Suprema de Justicia se personaron el doctor Salvador Antonio Arias Bello como apoderado general judicial del señor Amado López Zeledón y el doctor Edmundo López en el mismo carácter con que se le ha tenido. Expresados y contestados los agravios fue señalada la Vista y citada las partes para sentencia. La Vista tuvo lugar el día ocho de Septiembre del año en curso y,

CONSIDERANDO:

I,

La Honorable Sala sentenciadora considera que la cuestión se reduce a ver si el señor Amado López Zeledón tiene derecho a toda la herencia, en vista de que el otro coheredero falleció antes que el testador, correspondiéndole aquella parte por el derecho de acrecer, habida cuenta que se descarta la idea de que exista en la solicitud de transcripción que se hizo en escritura pública ningún concepto contractual, sea de donación o de cualquier otro ya que dicha escritura se concreta a historiar las circunstancias del testamento y a pedir al Registrador que se inscribiera a favor de los herederos los bienes del causante, ya que no habiendo jamás adquirido ningún derecho sobre los bienes de su hermano don Emilio, nunca pudieron los herederos de Moisés López Zeledón, haber adquirido nada. La Sala dice que aunque es cierto que el derecho de acrecer no fue consignado expresamente en el testamento como parece decirlo el Arto. 1177 C., sin embargo esta disposición no es la única reguladora de la circunstancia especial que nos ocupa, pues la misma Ley da pábulo para pensar que cuando exista una voluntad presunta del testador para concederlo no es lícito al Juzgador negarlo bajo ningún punto de vista y así se ve que el Arto. 1179 C. es claro al proclamar que habrá acrecimiento en las herencias y legados, cuando diferentes herederos o legatarios sean llamados conjuntamente a una misma cosa en el todo de ella y no lo es menos el artículo siguiente (1180 C.) que deja aclarados los conceptos al decir que la distribución testamentaria es reputada conjuntamente, cuando el mismo objeto es dado a varias personas sin asignación de parte de cada uno de los herederos o legatarios y sólo como excepción el Arto. 1181 C. dispone que cuando el testador ha asignado partes de la herencia o de la cosa legada, el acrecimiento no tiene lugar, y la Sala concluye diciendo "que habiendo el señor Emilio López Zeledón instituído herederos universales a sus dos hermanos y como estos bienes consisten únicamente en una parte o en los derechos sobre la finca "El Paraíso" no puede menos que concluirse que el demandante señor Amado López Zeledón ha gozado del derecho de acrecer la herencia de su hermano Moisés quien falleció antes que el testador". La Honorable Sala está equivocada al creer que el acrecimiento procede porque la herencia consiste únicamente en los derechos en la finca El Paraíso. Este criterio nada tiene que ver con los herederos que son llamados a la totalidad de la herencia a los que confunde con los legatarios que son llamados a una cosa, total o parcialmente. Puede existir testamento válido instituyendo herederos, sin mencionar ningún bien, pero no puede haber legatarios, sin detallar el derecho o cosa legada. Según el Arto. 1108 C. los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que les llamen y aunque en el testamento se les califique de legatarios son herederos y representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles. Y el inciso final del Arto. 1109 C. dice: Si fueren dos o más los herederos instituídos, sin designación de cuotas, dividirán entre sí, por partes iguales la herencia o la parte de ella que les toque. Según Colin y Capitant, pág. 524 Tomo VIII. Derecho Civil, lo que hay que tener en cuenta como legado universal es el llamamiento eventual a la totalidad de los bienes; poco importa el beneficio sea de hecho limitado a una fracción, a un mínimo de la universalidad y el hecho de que haya varios legatarios universales no quita el carácter de universalidad al legado de ninguno de ellos, pues cada uno puede, en virtud de su título, recoger la totalidad de la herencia, lo que ocurrirá si los legados de los otros colegatarios no llegan a tener realidad. Tampoco deja el legado de ser universal porque el testamento imponga al instituído otros legados singulares o cargas que absorban la mayor parte de la herencia, pues si los favorecidos con los legados singulares y las cargas renuncian a reclamarlos, el instituído universalmente tomará la universalidad de la herencia. Puede ocurrir que el testador designe junto a los legatarios universales sin asignación de partes. Entonces tiene que repartirse la herencia y lo hacen por partes iguales. Según Roca Sastre (estudios de Derecho Privado, Tomo II, Sucesiones, Pág. 218) Examinando el derecho de acrecer entre herederos testamentarios, dice que clásicamente se fundamenta el derecho de acrecer en la voluntad presunta del testador pero

que en rigor hay que buscar una fundamentación más bien objetiva que subjetiva de que dicho derecho de acrecer se funda en la regla latina *"Concursus Partes Finat Causante Concurso Partes Cesant"*. Por consiguiente en los casos de llamamiento en una misma herencia a varios herederos, cada uno de los llamados tiene derecho a adquirir una participación hereditaria tanto mayor como sean menos los que participan en ella. Según Demófilo de Buen en sus notas a la obra de Colin y Capitant son necesarios dos requisitos para que existan el derecho de acrecer; a) *Porción vacante y Conjunción de llamamiento,* éstas existen cuando uno de los llamados muere antes del testador, o renuncia a la herencia o sea incapaz de heredar. Aplicando lo dicho al testamento el Sr. Emilio López Zeledón (Fo. 3 1ª Inst.), vemos que en la cláusula 2ª dice que instituye herederos universales de todos sus bienes, derechos y acciones, a sus hermanos legítimos; Moisés López Zeledón, comerciante y Amado López Zeledón, agricultores ambos mayores de edad, casados y de este domicilio. De estos herederos falleció antes que el testador o sea el 17 de Mayo de 1960 el heredero Moisés López Zeledón mientras que el testador o causante de la herencia Emilio López Zeledón, no murió sino hasta el 18 de Febrero de 1971 o sea once años después. Siendo esto así en virtud del derecho de acrecer la porción hereditaria del heredero premuerto ha acrecido a favor del heredero superviviente que es Amado López Zeledón a quien en consecuencia corresponde la totalidad de la herencia en virtud de su vocación hereditaria a la universalidad de la misma. Esta Corte Suprema en sentencia del B. J. 1436 año 1917 dice: Que según el Arto. 1178 C. el derecho de acrecer pertenece a un legatario o heredero en virtud de la voluntad presunta del difunto cuando el coheredero no la recoge. Pueden verse los comentarios a los artículos 3846 y 3848 del Código Civil Argentino exactamente iguales a los Artos. 1179 y 1181 de nuestro Código Civil. Aquellos comentarios dicen "El acrecimiento se causa no precisamente por las palabras que forman la conjunción sino en virtud de la universalidad, del título que absorbe todo, por lo mismo que es universal". Esta sentencia refuerza lo atrás expresado y por consiguiente no ha incurrido la Sala en la violación de las disposiciones citadas y por ende no ha lugar al recurso con base a la causal 2ª del Arto. 2057 Pr.

II,

Aunque la Sala no se pronunció sobre los efectos de la escritura del 30 de Junio de 1971 en la cual las partes del presente juicio historiaron el testamento y pidieron al Registrador le transcribiese en los bienes del testador como únicos dueños; pasa este Tribunal a considerar las impugnaciones del recurrente. De la simple lectura de dicho instrumento se nota que no constituye ningún contrato traslativo de dominio, ni de cesión de derechos hereditarios y tampoco de partición hereditaria y por consiguiente no han sido mal interpretados los Artos. 2496 C. y 2497 C. que prescriben las reglas en la interpretación de los contratos porque no existe ningún contrato, el cual está definido en el Arto. 2435 C. como el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o aclarar entre las mismas un vínculo jurídico. Por lo expuesto tampoco ha incurrido la Sala la causal 2da. del Arto. 2057 Pr.

III,

En cuanto a la causal 7ª del Arto. 2057 Pr. invocada por el recurrente porque, a su juicio se ha cometido *error de derecho* en la apreciación de la prueba, esta Corte Suprema considera válida la alegación impugnante del apoderado doctor Arias Bello, porque el recurrente no ha precisado el concepto en que la sentencia desconozca el valor o fuerza probatoria, que las mencionadas disposiciones hayan tenido en la apreciación de la prueba. En efecto el Dr. Edmundo López señala como mal interpretados los Artos. 1841, 2496 y 2497 C. citados al interponer el recurso, pero abandonados en la expresión de agravios donde solamente precisa como mal interpretados los *Artos. 1177 y siguientes C.* Esta afirmación no es suficiente porque decir "1177 y siguientes" sería considerar violado todo el Código Civil a partir de la mencionada articulación. Amén de lo dicho, ya fueron analizados los alcances del Arto. 1177 C. declarándolo bien aplicado por la Sala no son admisibles las quejas expresadas al amparo de la causal 7ª.

IV,

Por lo que hace a la causal 10a. el recurrente señaló como violados todos los artículos citados para las otras causales y además el Arto. 1022 C. relativo a las sucesiones parte testadas e intestadas, que es impertinente porque hay sucesión total testada. Pero en la expresión de agravios citó además los Artos. 1839, 1840 que tratan de las obligaciones naturales y civiles y los Artos. 2447, 2448, 2449, 2450, 2451 y 2479 C. que se refieren a los requisitos de los contratos a la forma de expresar el consentimiento, a las estipulaciones, a las proposiciones de un contrato, a la aceptación de la propuesta del contrato y a que todo contrato es una ley

para los contratantes y no puede ser inválido sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Cita igualmente los Artos. 1872 y 1873 C. que se refieren a la causa expresa o presunta en las obligaciones y que la obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa. Todas estas disposiciones carecen de eficacia por cuanto ya se consideró por este Tribunal que la escritura suscrita por los demandados solicitando al Registro la transcripción del testamento no contiene ninguna obligación y tampoco la figura de un contrato del cual nazcan derechos para exigir su cumplimiento. Por consiguiente, el Tribunal no ha incurrido en las infracciones que señala la causal 10ª citada.

V,

Aunque en este Tribunal el señor Amado López Zeledón, presentó testimonio sin inscribir del testamento del señor Emilio López Zeledón, otorgado a las cinco de la tarde del 3 de Mayo de 1960 ante el Notario Federico López Rivera; en la cual el testador instituye como única y universal heredera a su madre doña Francisca Zeledón vda. de López Rodríguez y revoca el testamento otorgado ante el Notario doctor Alfredo Palacios Palacios, (cuya interpretación y alcances es objeto del presente juicio), este Tribunal no lo toma en cuenta porque en casación no es permitido presentar ninguna clase de pruebas, quedando a salvo los derechos de la heredera para ejercerlos en la vía que juzgue conveniente. (Art. 2082 Pr.) Por todo lo expuesto y, aunque por diferentes razones, debe este Tribunal confirmar el fallo recurrido sin costas para el recurrente. Quien ha tenido motivos racionales para litigar.

POR TANTO:

Con apoyo en las disposiciones citadas, y en los Artos. 424, 436 y 2109 Pr. los suscritos Magistrados Resuelven: 1)—*No se casa* la sentencia dictada por la Honorable Sala Civil de la Corte de Apelaciones de Matagalpa, a las diez y quince minutos de la mañana del trece de Agosto de mil novecientos setenta y cuatro. 2)—*No hay costas* del recurso. Disienten los Magistrados doctores Alejandro Barberena Pérez, Rafael Antonio Díaz, Uriel Mendieta Gutiérrez y Gonzalo Barberena Romero, quienes votan: *Se casa* la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito. No ha lugar a la demanda. *Las costas* a cargo del perdidoso, por las razones que daran por separado. Cópiese, Notifíquese y Publíquese y con testimonio legal vuelvan los autos al Tribunal de origen. — *Alejandro Barberena Pérez. — Raf. Antonio Díaz. — Hugo Berríos G. — R. Sandino Argüello. — Uriel Mendieta G. — Enrique Peña Hernández. — G. Barberena R.* — De conformidad con el Arto. 430 Pr. el Suscrito Secretario hace constar que esta sentencia fue votada por los Magistrados que la suscriben y por los Magistrados Doctores Juan Munguía Novoa y Juan Huembes Huembes quienes no la firman por estar ausentes. Managua, D. N., seis de Octubre de mil novecientos setenta y seis. — *José Antonio Duarte,* Secretario.

VOTO RAZONADO
de los Honorables Magistrados Dres. Alejandro Barberena Pérez, Rafael Antonio Díaz, Uriel Mendieta Gutiérrez y Gonzalo Barberena Romero

Los suscritos Magistrados, disentimos de la opinión de la mayoría de los Honorables Colegas, del voto Nº 46 y en los fundamentos y parte resolutiva de la sentencia dictada a las diez y treinta minutos de la mañana de hoy, por las siguientes razones: a) En efecto notamos que el extremo atinente al derecho de acrecer, sustento de la sentencia recurrida, no fue promovido en la demanda como pretensión de la actora; y si bien la demandada al contestar la demanda se refirió a ese punto, tampoco lo hizo como un reclamo que requiriera pronunciamiento o que pudiera considerarse como punto comprendido en el debate, sino más bien como una cuestión paralela que le sirvió de argumento para confutar las pretensiones del demandante; pero en ningún momento pidió que se hiciera de él tema de discusión que obligara a expreso conocimiento. Y por otra parte, tampoco fue objeto de debate porque el Juez resolvió el asunto como si se tratara de un juicio de derecho y no hubo contra-demanda en la que el demandado pudiera haber argüido en relación con tal extremo y que volviera a tocarlo la demandada. Esta lo mencionó y se acabó, fue el Juez el que ya empezó a hablar en su sentencia del derecho de acrecer. Por esto no puede decirse que ese derecho de acrecer haya sido punto de discusión en la demanda y en la contestación y por lo mismo no entró en el ámbito de lo que se denomina la litis-contestatio. De manera que la Sala en su sentencia hizo uso de un derecho que era reservado estrictamente a quien debió esgrimirlo, que era el de demandante. De consiguiente, con esto es suficiente para que la sentencia merezca la censura de la casación; b) No hemos encontrado ninguna

1223, 1303, 1305, 1307 Pr., y 2423 C., pues se tomó como base para la sentencia la confesión ficta de 28 de agosto de 1930, contra la cual alega en su escrito el doctor Ordóñez, interponiendo contra ella también recurso de casación. Llegados los autos al conocimiento de este Supremo Tribunal, se personó únicamente el doctor Ordóñez, quien adujo lo que tuvo a bien.

Considerando:

I

Que, aunque el Tribunal Supremo conceptúa inadecuado el procedimiento seguido en la solicitud de tasación de los honorarios del notario señor Rodríguez, ya que tal procedimiento es especial para cuando un litigante ha sido condenado en costas o para tasar los honorarios de los procuradores, es un hecho que las partes lo han consentido, discutiendo sus derechos en la forma de autos, sin objetar nada el señor Bolaños Osorno, ni su personero; y el recurrente sólo alegó ante la Honorable Corte de Apelaciones de Bluefields, como agravio causado por el Juez a quo, el que se haya pronunciado sobre la prescripción que él mismo opuso, no expresando nada contra la interlocutoria de confesión ficta, ni contra el procedimiento al cual se sometió. Artos. 7 y 8 Pr.

II

Que, aunque el Tribunal no encuentra la posibilidad de llevar a efecto la tasación conforme al procedimiento seguido, no se adujo, ni en el recurso de apelación ni en el de casación, ninguna causal que dé lugar a que la Corte Suprema case la sentencia recurrida, porque no puede pronunciarse sobre cuestiones que, aunque consten de autos, no fueron propuestas y debatidas por las partes.

III

Que, siendo esto así, y habiendo el señor Rodríguez probado los extremos de su petición, no debe casarse la sentencia recurrida, a pesar de los defectos que en la sustanciación de este juicio se reconocen, pues el Supremo Tribunal no se pronuncia sobre ellos, porque ni han sido sometidos a su conocimiento, ni es el caso en que pueda hacerlo de oficio.

Por tanto:

De conformidad con lo expuesto y los Artos. 414, 436, 2016, 2084, 2062 y 2109 Pr., los infrascritos Magistrados dijeron: No se casa la sentencia de la Honorable Corte de Apelaciones de Bluefields de las once de la mañana del 27 de septiembre de 1930, de que se ha hecho mérito, con costas de este recurso a cargo del recurrente; y, con testimonio de lo resuelto, devuélvanse los autos a la oficina de su origen. Cópiese, notifíquese y publíquese—Federico Sacasa—M. Cordero Reyes—Joaquín Cuadra Zavala—A. Cantarero—De conformidad con el Arto 430 Pr., hago constar que esta sentencia fué votada por los señores Magistrados que la suscriben y por el señor Magistrado doctor don Carlos A. Morales, quien no la firma por estar ausente.—Managua, doce de febrero de mil novecientos treinta y uno—Lorenzo Espinosa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—Managua, catorce de febrero de mil novecientos treinta y uno. Las diez de la mañana.

Vistos,

Resulta:

I

El Procurador don Alberto Santos, como mandatario de la señorita Guadalupe Esmeralda Suárez, soltera, de diez y ocho años de edad y vecina de Juigalpa, compareció por escrito ante el Juez de lo Civil del Distrito de ese vecindario, y expuso: que la señora Juana Mora v. de Sequeira instituyó como herederos al General Alfredo Noguera Gómez y al señor Alberto Suárez hijo; que éste último cedió sus derechos hereditarios al señor Alberto Evangelista Suárez, quien a su vez los traspasó a la señorita Angélica Irene Suárez, y ésta, a su muerte y en virtud de testamento, a la mencionada señorita Guadalupe Esmeralda Suárez; que en el testamento de la señora v. de Sequeira se estableció el derecho de acrecimiento entre los herederos Noguera Gómez y Suárez hijo, el cual quedó sin efecto en razón de haber aceptado este último la herencia, aceptación que se demuestra con el hecho de haber cedido sus derechos hereditarios a don Alberto Evangelista; que no obstante lo dicho, y con motivo de haber fallecido el heredero Suárez hijo, se ha creído el General Noguera Gómez con derecho a la totalidad de la herencia, y en ese concepto vendió a la Hacienda Pública una casa situada en la ciudad de Juigalpa, entre estos linderos: Oriente, propiedad que fué de Baltazar Hurtado y hoy de la testamentaría de Teófilo Castillo, calle en medio; Poniente, propiedad de Isabel Villanueva, calle en medio; Norte, solares de Inocente Vega y del Municipio de Juigalpa; y Sur, propiedad de David Báez; que es nulo, como venta de cosa ajena, el contrato de compraventa, y también porque el General Noguera Gómez era depositario de ese inmueble en el inventario que de los bienes dejados por la señora v. de Sequeira se practicó a solicitud de la señorita Angélica Irene Suárez; que como el señor Registrador Público del Departamento de Juigalpa se negó a inscribir la escritura de compraventa de que ya se habló y el General Noguera Gómez y el Representante del Fisco habían ocurrido al Juez para que éste ordenara la referida inscripción, venía el exponente, a nombre de su representada, a oponerse a las pretensiones de los referidos General Noguera Gómez y Representante del Fisco, y a demandar en la vía ordinaria para que se resolviera: lo que no se ha operado acrecimiento en favor del General Noguera Gómez, y en consecuencia es legítima sucesora del señor Suárez hijo, la señorita Gua-

dalupe Esmeralda Suárez; 2º que es nula la venta de la casa hecha por el General Noguera Gómez en escritura de 17 de febrero de 1928, a favor de la Hacienda Pública, en todo lo que se refiere a la parte que corresponde a la demandante; y 3º que las costas del juicio debe pagarlas el General Noguera Gómez.

II

Contestando la demanda el General Noguera Gómez, quien es mayor de edad, agricultor y vecino de Juigalpa, dijo lo siguiente: que el testamento de la señora v. de Sequeira dispone en su cláusula Tercera: «Que en el caso que falleciere cualquiera de sus herederos nombrados, la parte que correspondería a éste acrecerá al sobreviviente, especialmente la parte de la casa de habitación, etc.»; que esa casa es la misma que él vendió al Fisco; que esa cláusula establece claramente una asignación hasta día cierto e indeterminado para el primero de los herederos que muriera, lo cual constituía apenas un usufructo a favor del consignatario, según los Artos. 1092 y 1098 C.: que no deben aplicarse las reglas del acrecimiento que se funda en la voluntad presunta del difunto, de conformidad con el Artº 1178 C, pues en el caso presente la testadora manifestó su voluntad expresa y claramente, y no puede variarse ni restringirse esta disposición con la letra y espíritu de la ley, que quiere que tenga pleno efecto lo ordenado por el testadar para después de sus días, mientras no disponga algo que sea imposible o contrario a la ley, Artos. 945 y 450 C.: que el hecho de haberse practicado el inventario de que se habló, en nada influye, ya que el usufructuario debe cuidar de las cosas usufructuadas: que habiendo cesado con la muerte del señor Suárez el usufructo de que disfrutaba, se consolidó en el que contesta el dominio pleno, y pudo por lo mismo disponer de la casa en la forma que lo hizo; y que reconvenía a la demandante para que se declarara: 1º que a partir del 23 de julio de 1927, fecha en que murió el señor Suárez h., es el contrademandante el único y universal heredero de la señora v. de Sequeira; 2º que es nula la escritura de cesión de derechos hereditarios otorgada por don Alberto Evangelista Suárez a favor de la señorita Angèlica Irene Suárez, después de la muerte del señor Alberto Suárez hijo; 3º que debe cancelarse la inscripción de esa escritura; 4º que también deben cancelarse las anotaciones que a la señorita Guadalupe Esmeralda Suárez favorecen en el Registro, con relación a la herencia de que se trata; 5º Que es válida la escritura de compra venta otorgada por el General Noguera Gómez a favor de la Hacienda Pública, en la ciudad de Managua, a la una de la tarde del 17 de febrero de 1928, la cual aparece agregada a los autos; 6º que debe inscribirse esa escritura; y 7º que las costas de este juicio debe pagarlas la actora.

III

En este estado el apoderado de la demandante pidió que se hiciera extensiva su demanda al Gobierno, como comprador del inmueble, y que se emplazara al Fiscal de Hacienda para los fines de ley. El Juez ordenó los traslados de réplica y dúplica por lo que hacía a la reconvención propuesta por el General Noguera Gómez; y fueron evacuados, sosteniendo cada parte sus respectivas pretensiones. Después corrióse traslado de la demanda de la señorita Guadalupe Esmeralda Suárez al Representante del Fisco, quien contestó en términos análogos a los expuestos por el General Noguera Gómez, y promoviendo igual contrademanda, a excepción del punto 1º, a la propuesta por el otro demandado. Contestada en sentido negativo esa reconvención, abrióse el juicio a prueba, habiéndose rendido la necesaria para justificar los hechos, de modo que sólo queda por resolver la manera cómo debe interpretarse la voluntad de la testadora en cuanto a lo que ella llamó acrecimiento entre sus herederos. Durante el término de pruebas se personó el doctor Luis Molina como apoderado del General Noguera Gómez; y después de llenados los demás trámites de ley, el Juez dictó la sentencia de las once de la mañana del ocho de septiembre del año próximo pasado, por la que se da entrada a la demanda y se rechaza la reconvención, sin costas para las partes. De esta sentencia se alzaron los perdidosos, y como consecuencia llegó el asunto al conocimiento de la Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones de Granada, donde comparecieron el señor Fiscal General en representación de la Hacienda Pública; el doctor Francisco Barberena R., como apoderado del General Alfredo Noguera Gómez; y los doctores Francisco R. Gutiérrez y Ernesto Ramírez V., como mandatarios sucesivos de la señorita Guadalupe Esmeralda Suárez; y finalmente se pronunció el fallo de las once de la mañana del trece de abril de mil novecientos veintinueve, en cuya parte resolutiva se declara lo siguiente: 1º ha lugar a la demanda entablada en estos autos por la señorita Guadalupe Esmeralda Suárez contra el señor General Alfredo Noguera Gómez y contra el Fisco, de que se ha hecho referencia, menos en lo que respecta a costas, por haber tenido motivos racionales para litigar; y 2º se absuelve a la misma señorita de las contrademandas promovidas por los reos contra aquélla, y de que también se ha hablado. Líbrese la ejecutoria de ley.

IV

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación en el fondo el abogado del General Noguera Gómez, que apoyó en las causales 1ª, 2ª, 7ª y 10ª del Artº 2057 Pr., y citando como violados por errónea interpretación los Artos. 963, 1178, 1191, 1098 y 1481 C. Admitido el recurso, subieron los autos al conocimiento de este Supremo Tribunal, en donde se dió al juicio la tramitación debida, con intervención de los abogados Barberena Rojas y Ernesto Ramírez Valdez, que representaron a recurrente y recurrido, respectivamente, y del Fiscal General de Hacienda, que se personó a nombre de la Hacienda Pública. Citadas las partes para sentencia; y,

Considerando:

I

Que, en verdad, toda la cuestión de este asunto se basa en la recta interpretación de la cláusula tercera del testamento de la señora Juana María Mora v. de Sequeira, que dice así: que en el caso que falleciera cualquiera de sus herederos nombrados, la parte que correspondiera a éste *acrecerá al sobreviviente,* especialmente la parte de la casa de habitación que la exponente tiene en este ciudad, entre la primera Calle Sur y la primera Avenida Oeste. Se pretende por la parte actora que en esa cláusula tercera se establece expresamente el derecho de acrecer, y que ya no cabe el acrecimiento a favor del señor Noguera Gómez porque habiendo muerto el otro coheredero señor Suárez, después de haber aceptado la herencia, sus derechos han pasado a sus sucesores. En cambio, los defensores del señor Noguera Gómez y los representantes del Fisco han sostenido que en la cláusula tercera copiada se establece para el que primero de los herederos muriese, una asignación hasta día cierto, por indeterminado, lo cual constituía apenas, según ellos, un usufructo a favor del asignatario, de conformidad con lo dispuesto en los Artos. 1092 y 1098 del Código Civil; de manera que la nuda propiedad y libre disposición de la cosa para cualquiera de los herederos se hallaba subordinada a la condición de muerte de uno de ellos, pues mientras esa condición no se cumpliera, ambos asignatarios no debían reputarse sino como simples usufructuarios. La Corte Suprema estima que la única interpretación verdadera que debe darse a dicha cláusula tercera, es la de que en ella se establece claramente a favor de los coherederos o colegatarios, el derecho de acrecer, tal como lo define y estudia el Código Civil; pues como bien lo afirma la Sala de sentencia, la intención de la testadora fué solamente la de establecer de un modo expreso, y para mayor claridad, lo que ya quedaba establecido por el solo hecho del llamamiento conjunto de los instituídos como herederos a la totalidad de la herencia. Nótese que el derecho de acrecer es la facultad concedida a un legatario o heredero, a quien se ha dejado una o varias cosas en común, para recoger la parte que su colegatario o coheredero no ha podido o se ha negado a tomar. De lo que se desprende que, si la herencia ha sido aceptada, como ocurre en el caso presente, ya no puede haber acrecimiento, porque la porción pasa a los herederos del aceptante. La parte recurrente arguye que en el presente caso no se trata de acrecimiento, porque éste tiene lugar en virtud de la voluntad presunta del difunto; y que aquí la testadora expuso su voluntad de manera clara y terminante. A este argumento se contesta: que las disposiciones del Código Civil que definen y reglamentan el derecho de acrecer, se ocupan de legislar los casos de voluntad presunta del testador, que, en verdad es el fundamento de toda disposición testamentaria; pero eso no quiere decir que el acrecimiento no se pueda establecer cuando la voluntad del testador se ha manifestado expresamente, aun en los casos en que la institución de herederos o el legado no hubieren sido hechos conjuntamente. En esta materia es preciso reconocer en primer término la supremasía de la voluntad del testador, que debe interpretarse según las reglas creadas en el Código Civil, y que obedecen al principio que dice: *Semper vestigia voluntatis testatorum sequimur.* (Véase Artº 978 C.) De manera que según el rigor de ese principio, se debe observar que aun en los casos en que la ley establece el derecho de acrecer, el testador lo puede prohibir; y con mayor razón lo puede establecer expresamente para mayor claridad, en los casos en que la ley lo presume por manifestarse la voluntad implícitamente.

II

La Corte Suprema acepta el razonamiento de la Honorable Sala en cuanto se refiere a rebatir la tesis sustentada por los demandados, de que se trata de un usufructo al tenor de lo dispuesto en el Artº 1098 C., porque en tal caso el General Noguera Gómez no sería hoy día dueño pleno del inmueble, sino tan solo usufructuario, de una mitad, en virtud de la institución directa del testamento, y de la otra mitad, como sustituto del otro heredero; interpretación que resulta inadmisible, en vista de lo dispuesto en el Artº 1481 C., que prohibe constituir el usufructo a favor de dos o más personas, para que lo gocen sucesivamente; y porque nada autoriza para suponer que fué la voluntad de la testadora la de que cada uno de los herederos instituídos hiciera el doble papel de usufructuario en una mitad y nudo propietario en la otra mitad, desde luego que era más fácil y sencillo el haber establecido esa solución expresamente. Ni puede admitirse que se trata de una sustitución vulgar, que es la única permitida por el Código, porque una vez aceptada la herencia por el heredero nombrado, la sustitución vulgar no tiene lugar, porque la calidad de heredero queda fijada definitiva e irrevocablemente, y entonces la reciben los parientes o sucesores del fallecido.

III

De lo expuesto se concluye que habiendo aceptado la herencia ambos coherederos, el General Noguera Gómez nunca fué dueño más que de la mitad de la casa objeto del pleito, perteneciendo la otra mitad a la señorita Suárez, por haber ella acreditado que es la sucesora del señor Alberto Suárez h., en todos sus derechos y acciones; y que en consecuencia debe declararse: que la sentencia de la Honorable Sala, que por tales razones ha dado entrada a la demanda, absolviendo a la actora de las contrademandas propuestas por los reos, tiene fundamento en los textos explícitos de ley y en los principios de derecho que se invocan, por lo cual dicha sentencia debe ser confirmada.

Por tanto:

De conformidad con los Artos. 446, 447 y 2109 Pr., los infrascritos Magistrados dijeron: No

se casa la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito, siendo las costas del presente recurso a cargo de quien lo interpuso; y con certificación de lo resuelto, devuélvanse los autos a la oficina de su origen. Cópiese, notifíquese y publíquese—C. A. Morales—Federico Sacasa—M. Cordero Reyes—Joaquín Cuadra Zavala—A. Cantarero—Proveído, Lorenzo Espinosa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—Managua, catorce de febrero de mil novecientos treinta y uno. Las once de la mañana.

Vistos,

Resulta,

I

El señor Vicente Rappaccioli, mayor de edad, agricultor y vecino de Diriamba, en escrito de 15 de diciembre de 1921 demandó ejecutivamente ante el Juez de Distrito de su domicilio a la señora Prudencia Cabezas, de oficios domésticos y de las otras calidades dichas, por el pago de la cantidad de cuatro mil ochocientos cuarenta y nueve córdobas cincuenta y cinco centavos, más intereses al dos por ciento mensual desde la fecha de la demanda hasta el efectivo pago, e intereses legales sobre los vencidos. Acompañó a su libelo varios documentos privados reconocidos por la demandada. El Juez despachó la ejecución, y requerida que fué la señora Cabezas, opuso en tiempo las excepciones de ineptitud de la demanda, falsedad del título en que se apoya y nulidad de la obligación, haciendo consistir esta última en que le faltan requisitos indispensables para que sea líquida o liquidada, lo cual, dice, se demuestra con la confesión del señor Rappaccioli, quien al absolver unas posiciones que le articuló la ejecutada dijo haber recibido de ella una cantidad de café que abonó a la deuda que ahora le reclama. Sustanciado el juicio con arreglo a derecho, el Juez dictó sentencia a las nueve de la mañana del once de enero del año en curso, en la que resuelve que no ha lugar a las excepciones opuestas, y que debe llevarse adelante la ejecución por lo demandado, y las costas. La perdidosa apeló y admitido que le fué el recurso se tramitó en la Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones de Oriente, con intervención del doctor Juan José Ordóñez como mandatario de la apelante, y sin que haya comparecido la otra parte; y, finalmente el Tribunal de Alzada pronunció su fallo definitivo de las diez y media de la mañana del doce de septiembre de mil novecientos veintitrés, en cuya parte resolutiva se declara lo siguiente: «Carecen de fuerza ejecutiva los documentos presentados por el actor, y en consecuencia no ha lugar por ahora a llevar adelante la presente ejecución. No hay costas en ninguna de las instancias por haber habido motivos racionales para litigar. Queda así revocada la resolución recurrida».

II

La Honorable Sala fundó su fallo en la consideración siguiente: «De los documentos que sirven de base a esta demanda se ve que la señora Cabezas debía entregar al actor cuarenta y cinco fanegas de café, sin precio determinado, según obligaciones de 23 de mayo y de 10 de agosto de 1920, y además veintidós fanegas y casi un cuarto de otra, apreciadas a $ 4.50 cada una, (recibo de 19 de junio de 1920), y diez fanegas apreciadas a $ 4.00 cada una (id. de 19 de septiembre de 1920). Por otra parte el señor Rappaccioli confesó haber recibido en abono de la deuda por que ahora ejecuta a la señora Cabezas ciento cincuenta y cuatro fanegas y media o sea casi el doble de lo que la ejecutada se había obligado a entregar bien en número determinado de fanegas, o bien en cantidades determinables por los precios de $ 4.50 y $ 4.00 señalados en ciertos documentos arriba citados, y *como no aparece que se* haya fijado precio al café con que la ejecutada debía cubrir las otras obligaciones, es claro que no puede procederse ejecutivamente contra la señora Cabezas, por ser aún la deuda ilíquida, sin que sea suficiente el que el señor Rappaccioli asegure haber practicado la liquidación para encontrar el saldo por que demanda, puesto que ese saldo no ha sido reconocido como correcto por la demandada. En consecuencia, es aceptable la excepción mal calificada con el nombre de nulidad de la obligación, y que en realidad consiste en la falta de mérito ejecutivo de los documentos presentados por el ejecutante por aparecer ilíquida la deuda. En cuanto a las otras excepciones opuestas por la demandada encuentra el Tribunal que en absoluto carecen de fundamento».

III

Contra la sentencia de la Honorable Sala interpuso el recurso de casación en el fondo el doctor Ignacio Suárez, como mandatario de don Vicente Rappaccioli, recurso que apoyó en las causales 2ª, 4ª, 7ª y 10ª del Artº 2057 Pr., por errada apreciación de las pruebas, y por violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los Artos. 1684, 1685, Nos. 3 y 5, 1686 Nº 1, 1151, 1202, 1694 y 1637 Nos. 7 y 14 Pr. Admitido el recurso subieron los autos al conocimiento de este Supremo Tribunal, en donde se ha dado a los autos la tramitación que corresponde, con intervención del doctor Suárez, primero, y del doctor Santos Flores L., después, en nombre del recurrente; y del doctor Andrés Vega Bolaños, en el de la recurrida. Citadas las partes para sentencia; y,

Considerando;

Que la resolución de que se trata, en que se declara la falta de mérito ejecutivo de los documentos presentados, no es definitiva, ni tampoco interlocutoria con fuerza definitiva; porque no

prisión contra Teodoro y Marcos Herrera y Juan Ubeda por el delito de homicidio en Pantaleón Hernández. Siguió el proceso el trámite consiguiente, juzgándose en rebeldía a los reos, por no haberse capturado, hasta la reunión del Tribunal de Jurados que los declaró culpables. Por sentencia de las diez de la mañana del 19 de marzo de 1908, el Juez de Distrito de Jinotega condenó a los reos a la pena de once años de reclusión y demás accesorias. Llegó el juicio en apelación a la Honorable Sala de lo Criminal de la Corte de Apelaciones de León que por resolución de las ocho de la mañana del 14 de julio de 1908 reformó la sentencia del Juez, condenando a los reos a doce años de reclusión y demás penas accesorias. Llegó el proceso al Supremo Tribunal por súplica de la sentencia de la Sala.

Considerando:

I

Que la acción penal que proviene del delito de homicidio, por el cual se procesa a Teodoro y Marcos Herrera y Juan Ubeda, prescribe en el término de doce años, por ser reclusión la pena con que se castiga, lapso que debe contarse desde el 25 de junio de 1907, fecha en que se verificó el delito, pues habiéndose paralizado el proceso durante más de tres años, la prescripción que se mantenía en suspenso por la iniciación de este juicio, continuó como si no se hubiese interrumpido y debe considerarse legalmente consumada, pues han trascurrido más de los doce años que la ley señala.

II

Que la prescripción de la acción penal corre a favor y en contra de toda clase de personas y es deber de los Tribunales declararla de oficio.

III

Que de la investigación seguida por esta Corte Suprema aparece que los reos no han cometido nuevos delitos o faltas que pudieran haber interrumpido la prescripción referida.

Por tanto:

De conformidad con los Artos. 116, 117, 118, 122 y 123 Pn. y 187 Inc. 4o. y 492 In., los suscritos Magistrados dijeron: Declárase prescrita la acción penal para perseguir el delito de homicidio en Pantaleón Hernández, cometido por Teodoro y Marcos Herrera y Juan Ubeda el 25 de junio de 1907; en consecuencia se sobresee definitivamente en la presente causa. Con testimonio concertado vuelva el proceso al Juzgado de su origen. Cópiese, notifíquese y publíquese.—Federico Sacasa—M. Cordero Reyes—Joaquín Cuadra Zavala – A. Cantarero—Proveído - Lorenzo Espinosa – De conformidad con el Arto. 430 Pr., hago constar que esta sentencia fué votada por los señores Magistrados que la suscriben y por el señor Magistrado doctor Carlos A. Morales, quien no la firmó por estar ausente. – Managua, doce de junio de mil novecientos treinta y uno.—Lorenzo Espinosa.

Corte Suprema de Justicia.—Managua, once de junio de mil novecientos treinta y uno. Las once de la mañana.

VISTOS,

Resulta:

I

Por escrito de 28 de febrero de 1928, compareció el doctor Luis Alberto Morales, en concepto de apoderado de la señorita Ester Pastora Montoya, mayor de edad, soltera, de oficios domésticos y vecina de León, ante el señor Juez de lo Civil de aquel Distrito, y expuso: que el doctor Cornelio Sosa, mayor de edad, soltero, abogado y de aquel mismo vecindario, demandó ejecutivamente por deuda de dinero a las señoritas Fernanda y Leona Pastora, de iguales generales de su mandante, y que en esa ejecución se embargó entre otras cosas la casa de habitación que tiene su principal en el barrio de San Sebastián de aquella ciudad, dentro de los siguientes linderos: Norte, predio de doña Aureliana Tellería; Sur, el de Mónica Tellería de Ramírez; Oriente, calle en medio, el de la testamentería de Pedro Mayorga; y Occidente, el del Presbítero Evangelista Valle: que también embargó el Dr. Sosa los derechos hereditarios que dice que sus deudores tienen en la sucesión del padre de su representada, don Eustaquio Pastora. Que con las escrituras, testamento y partidas que acompaña para que razonadas se le devuelvan, comprueba que las señoritas Pastora no son herederas del padre de su poderdante, ni de la casa embargada, que es de la exclusiva propiedad de su principal: que en esa virtud demanda, con acción de tercería de dominio, al doctor Cornelio Sosa, y a las señoritas Fernanda y Leona Pastora, para que por sentencia se mande levantar el embargo trabado por el primero, pues los bienes a que se refiere y sobre que recae la demanda que entabla, son exclusivamente de su mandante. Acompañó a su escrito el poder con que acredita su representación, un testamento otorgado por don Eustaquio Pastora en Ciudad Darío, a las doce del día 31 de enero de 1923, ante el notario Eudoro Baca, dos partidas de defunción referentes al expresado señor Pastora y a la señora Ana Rojas Romero, y una escritura pública debidamente inscrita, otorgada a favor de don Eustaquio Pastora y relativa al inmueble antes deslindado.

II,

Por auto de las nueve de la mañana del 10 de marzo del mismo año, se tuvo por

personado al doctor Morales, en el carácter indicado, se ordenó copiar los documentos presentados y se corrió traslado de la demanda a los demandados. El doctor Sosa, por sí, y el doctor Remigio Jerez, a nombre de las señoritas Pastora, contestaron la demanda negativamente, fundándose en que el testamento del señor Pastora, presentado por la tercerista, no le confiere ningún derecho, porque la cláusula en que ella se basa contiene una verdadera sustitución fideicomisaria contraria a la ley. Pidieron así mismo el afianzamiento de costas, y ordenado que fué, se rindió la del doctor José Angel Bonilla, quien antes se había personado como apoderado especial del doctor Sosa.—Abierto el juicio a pruebas, se mandó certificar, a petición del apoderado doctor Jerez, el inventario de los bienes relictos del señor Pastora, practicado por el notario Humberto Aguilar Lacayo, habiéndose agregado oportunamente a los autos dicha certificación. Este inventario se efectuó a solicitud de las mencionadas señoritas Pastora.—Concluido el término probatorio se corrieron los traslados de conclusión, se tuvo por personado al doctor Juan Anselmo Navarro, en sustitución del doctor Morales, y evacuados que fueron tales traslados, el Juzgado a las nueve de la mañana del 3 de agosto de 1929, dictó sentencia definitiva declarando sin lugar la tercería de dominio interpuesta.

III.

El doctor Navarro interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, y llegados los autos a la Honorable Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones de Occidente, se personaron los doctores Navarro, Bonilla y Jerez, con la misma representación que tenían en el juicio, y posteriormente el doctor Aristides Buitrago, en sustitución del doctor Navarro. Se corrieron y evacuaron los respectivos traslados de expresión y contestación de agravios, y conclusos los autos la Honorable Sala, a las nueve de la mañana del 26 de marzo de 1930, pronunció la sentencia cuya parte resolutiva dice: «Declárase con lugar la tercería de dominio de que se ha hecho referencia, sobre el inmueble deslindado, entablada por la nominada señorita Ester Montoya, hasta la concurrencia de su parte hereditaria; quedando por consiguiente sin efecto el embargo relacionado cobre el repetido inmueble, en la parte que tomprende únicamente los derechos de la sercerista señorita Montoya." Consideró para ello la Honorable Sala: a) que tratándose de una acción o tercería de dominio entablada por la señorita Montoya sobre el inmueble embargado por el doctor Sosa, como de la propiedad exclusiva de las señoritas Pastora, quienes sostienen el carácter de dueñas únicas, la cuestión debatida se reduce a establecer a cuál de las partes litigantes corresponde el dominio único del inmueble; que analizando las pretensiones de ambas partes se encuentra que la actora presenta como título justificativo de su propiedad, el testamento del señor Pastora, que, en su cláusula novena dice: "Declara ser su voluntad que si cuando falleciere su heredera universal conservare ésta algunos bienes de los que reciba en virtud de dicho testamento, sean entregados a su hija natural Ester Montoya." Que impugnada por la parte contraria la cláusula trascrita por tener el carácter de fideicomiso prohibido por nuestro Código Civil, debe hacerse, de previo, el examen jurídico de la misma, y que, al efecto, tal como está redactada esta cláusula constituye una verdadera sustitución fideicomisaria, puesto que se ha dejado la herencia a la señora Ana Rojas Guzmán con la obligación precisa de que a su muerte al entregara, en todo o en la parte que de ella existiera, a la señorita Montoya, sin que pueda decirse que la intención del testador fuera la de crear una sustitución vulgar; b) que aunque la tercerista no tiene el carácter de única dueña del inmueble, sí tiene el de copartícipe en la sucesión de su padre natural don Eustaquio Pastora, porque su reconocimiento de hija natural consta en ese mismo instrumento testamentario, pues si bien la disposición referente a la señorita Montoya para crearle derecho de heredera sustituta, carece de valor por la razón atrás indicada, y la referente a la instituida heredera universal señora Rojas Guzmán quedó caduca según el Art. 277 C., por haber fallecido antes que el testador, según la partida de muerte que obra en autos, las otras disposiciones, cláusulas y frases que forman el acto solemne del testamento aludido, han quedado firmes y con su entero valor, ya que la caducidad, por la muerte del instituido heredero, sólo afecta la disposición a que ella se refiere y no al acto del testamento en sí; y que según el Art. 230 C,. se tendrá como reconocimiento hecho de hijo ilegítimo en las disposiciones de última voluntad, los términos enunciativos sobre frases o accidentes en que se vea la voluntad de reconocerlo por su hijo, reconocimiento que terminantemente resulta de las propias frases del testamento, y que quedó produciendo sus legales efectos en lo que no se refiere a la institución de heredera de la señora Rojas, pues, para que tal reconocimiento dejara de valer, hubiera sido preciso que el testamento se declarase nulo o hubiese sido revocado; c) que establecido lo anterior debe decirse que el causante de la herencia señor Pastora, falleció sin dejar herederos testamentarios que pudieran acarrearse la totalidad de la herencia, la que por consiguiente corresponde a los herederos que la ley llama, como lo son en el caso de autos su hija ilegítima legalmente reconocida, Srta. Ester Montoya, y sus hermanas legítimas señoritas Pastora, cuyos vínculos de parentesco con el fallecido, no han sido contrachos por la tercerista, y que, en consecuencia, ésta ha tenido perfecto derecho para e

tablar la tercería de dominio de que se ha hecho referencia, sobre el inmueble de la sucesión de su padre señor Pastora, hasta la concurrencia del monto a que asciende su porción hereditaria, ya que conforme al Art. 1347 C., cada heredero en el estado de indivisión puede ejercer ese derecho sujeto al resultado de la partición.

IV,

Contra la sentencia de la Honorable Sala, interpusieron recurso de casación en el fondo los doctores Buitrago y Bonilla. El primera fundado en las causales 2a. y 10a. del Art. 2037 Pr., por violación de los artículos 1191 y 1694 C. y 2112 Pr., y el segundo, fundado en las causales 1a, 2a, 3a, 4a, 7a, 9a, y 10a, del mismo artículo, por violación de los Arts. 3o, Cn., 424 y 1027 Pr. Admitido el recurso y llegados los autos a este Supremo Tribunal, se personaron el Dr. Luis A. Morales, a nombre de la señorita Montoya, y el Dr. Alejo Icaza Icaza, a nombre del Dr. Sosa, quienes respectivamente expresaron y contestaron los agravios, y corridos los demás trámites legales,

SE CONSIDERA:

I

Que habiéndose interpuesto el recurso de casación en el fondo por las dos partes litigantes personadas en este Tribunal, debe estudiarse separadamente ambos recursos, en el orden en que fueron presentados, lo que será objeto de los siguientes Considerandos.

II

La señorita Ester Montoya funda su tercería de dominio en el derecho que pretende tener a la totalidad de la herencia del señor Eustaquio Pastora, en virtud del testamento otorgado por él, a las doce del día treinta y uno de enero de mil novecientos veintitres, en Ciudad Darío, ante el notario Eudoro Baca, en el cual, después de instituir por su única y universal heredera a su esposa Ana Rojas Guzmán, quien falleció antes que el testador, declaró ser su voluntad que, si cuando falleciera su heredera universal, conservare ésta algunos bienes de los que recibiera, en virtud de dicho testamento, fueran entregados a su hija natural Ester Montoya; y sostiene que esa cláusula contiene una sustitución vulgar, por lo cual, en defecto de la heredera premuerta, es a ella, la tercerista, a quien corresponde la herencia del señor Pastora y que, de consiguiente, es la dueña del inmueble en disputa. Por manera que, derivando sus derechos la tercerista del valor que legalmente tenga la cláusula testamentaria antes mencionada, el Tribunal estudiará, en primer término, si efectivamente dicha cláusula envuelve o no una sustitución vulgar. El Art. 1191 C., la define, diciendo: que «es aquélla en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepta o que, antes de deferírsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual.» De esta definición, redactada con tanta claridad, se infiere lógicamente que, para que exista sustitución vulgar, es preciso que el sustituto sea llamado a recoger la asignación hecha al heredero preferente en el caso de que éste no quiera o no pueda aceptarla, de modo que, no podrá estimarse como tal sustitución la que se hace para que produzca sus efectos después que la originación pudo haber sido deferida al heredero. Aplicando este concepto al caso actual se nota, desde luego, que del texto mismo de la cláusula que invoca a su favor la tercerista, aparece, con toda precisión, que el señor Pastora la instituyó, no en previsión de que la heredera universal llegare a faltar antes de la delación de la herencia, sino para el evento de que, al fallecer aquélla, después de haber adquirido los bienes heredados, conservare todavía alguna parte de ellos. Esta institución, como se vé de los términos en que está concebida, difiere notablemente del concepto sentado antes acerca de la sustitución vulgar y constituye otra de naturaleza muy diferente a la definida por el artículo 1191 C.; y, como de acuerdo con este mismo artículo, la única sustitución permitida por la ley es la vulgar, debe concluirse que la cláusula testamentaria que se contempla carece de valor legal en cuanto se pretende con ella reconocer a la señorita Montoya el carácter de heredera sustituta.

III,

Sin embargo, el Tribunal no desconoce que la señorita Montoya tiene la condición de hija ilegítima reconocida de don Eustaquio Pastora, reconocimiento que emana de las propias declaraciones contenidas en el referido testamento, según lo establece el artº. 230 C., y que, habiendo fallecido la heredera instituída antes que el causante, sin haber ningún otro heredero testamentario, ha quedado dicha sucesión intestada, correspondiendo, en tal virtud, la herencia a los llamados por la ley, entre los que se encuentra la señorita Montaya, como muy bien lo expresa la Honorable Sala en su sentencia; mas, como quiera que la tercerista ha basada su acción en el dominio exclusivo que pretende tener sobre el inmueble embargado y que hace originar de la cláusula testamentaria que se ha analizado en el Considerando anterior, es obvio que deben rechazarse sus pretensiones en la forma en que fueron planteadas en la demanda, sin que pueda decirse que conforme el artículo 2112 Pr., tuvo perfecta facultad para deducir su acción, ya que no se ha presentado en calidad de heredera, sino invocando derecho exclusivo a la sucesión del señor Pastora. Por lo expuesto el Tribunal estima que en la sentencia de grado no ha habido viola-

ción de las disposiciones legales que cita la actora en su recurso y que, más bien, han sido interpretadas y aplicadas correctamente.

IV,

En cuanto al recurso introducido por el apoderado del Dr. Cornelio Sosa, cabe decir, que conforme el Art. 424 Pr. las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con la demanda y demás pretensiones oportunamente aducidas en el juicio, y que, en consecuencia, debe ajustarse a los términos y condiciones en que las partes han planteado su derecho en los escritos de demada y de contestación, que son los fundamentales del pleito.—"Para estimar cuál sea la cuestión propuesta por el actor, y para determinar en consecuencia si el fallo es congruente con la demanda, no hay que estar a todos los enunciados de hecho y derecho que la misma contenga, *sino a la petición que se formula y a sus fundamentos esenciales.*» Ahora bien, en el caso sub—judice, la actora ha pretendido un derecho exclusivo sobre el inmueble embargado, basada en la institución de heredera sustituta que supone recaída en ella, en virtud del testamento tantas veces mencionado, y la Honorable Sala, descansando en la circunstancia de que la misma actora es copartícipe en la sucesión intestada del señor Pastora, ha declarado con lugar la tercería en cuanto a los derechos que como tal pudiera tener sobre el inmueble litigado, por manera que, para dictar su sentencia en esa forma, se ha fundado en una causa o razón de pedir diferente a la invocada por la actora, y que quizá habría podido dar distinto giro a la discusión. En esta virtud el Tribunal estima que la sentencia recurrida ha caído en el vicio de incongruencia con respecto a los derechos planteados y fijados en la demanda, infringiendo así la disposición legal citada al principio de este Considerando, y dando lugar a merecer la censura de la casación, por lo que a tal punto respecta.

POR TANTO:

Y de conformidad con las disposiciones citadas y los Arts. 436, 446, y 2109 Pr., los infrascritos Magistrados dijeron. Se casa la sentencia de las nueve de la mañana del 26 de marzo del año próximo pasado, dictada por la Honorable Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones de Occidente, y en consecuencia, se declara sin lugar la tercería de dominio de que se ha hecho referencia, sin especial condenación de costas, por haber tenido la tercerista motivos racionales para litigar. Cópiese, notifíquese y publíquese y líbrese la ejecutoria de ley; y con testimonio concertado vuelvan los autos a la oficina de su procedencia.—C. A. Morales - Federico Sacasa - A. Cantarero—Joaquín Cuadra Zavala - José Franco. Rivas—Proveído - *Lorenzo Espinosa.*

Corte Suprema de Justicia.—Managua, once de junio de mil novecientos treinta y uno. Las once y media de la mañana.

VISTOS,

Resulta:

I

El doctor Juan de Dios Vanegas, como apoderado de don Narciso Argüello, en escrito de diecinueve de noviembre del año retropróximo, presentado al Juez de lo Civil del Distrito de León, interpuso el recurso de reforma en varios puntos de la sentencia arbitral definitiva dictada a las doce meridianas del treinta de octubre de mil novecientos treinta, por el doctor Andrés Ramírez Sacasa, nombrado arbitrador para dirimir las diferencias que ocurrieren entre el expresado don Narciso y don Lisímaco Saborío, con relación a los predios rústicos Los Placeres, pertenecientes al señor Argüello, y Las Cañas y El Pital, de la propiedad del señor Saborío, ubicados en jurisdiccina de La Paz, laudo que en su parte resolutióv dice: «Por tanto, de conformidad con las consideraciones expresadas, fallo: Primero: —El señor Argüello está obligado a dejar un boquete en la Bajada de Alvarez, de doscientos varas, para el abrevadero de los ganados del señor Saborío. Segundo: No ha lugar a cerrar ningún otro boquete, porque según la inspección personal, no existe. Tercero: No ha lugar a quitar el portón, por haberlo consentido verbalmente ante el infrascrito Juez, el demandante. Cuarto: por haber infringido el señor Argüello el compromiso celebrado entre él y el señor Saborío, según el Considerando 5, pague al señor Saborío la suma de doscientos córdobas en partidas de cincuenta córdobas mensualmente, contada la primera partida desde la última notificación que se haga de esta sentencia. Quinto: No ha lugar a resolver los demás puntos de la demanda por estar incluídos en las cláusulas condicionales secundarias o derivadas, que exigen de previo el cumplimiento de las primordiales y recípro, cas, o sea del deslinde y amojonamiento». En su mencionado escrito el doctor Vanegas pidió que para tramitar tal reforma se pasara el expediente al señor Juez Arbitrador, lo cual efectuó el Juzgado por auto de las once de la mañana del día siguiente.

II

El arbitrador tramitó la solicitud de reforma y en resolución de las siete de la noche del veintidós de noviembre antedicho, decidió lo que sigue: «Pasen las presentes diligencias al señor Juez de Distrito para lo Civil, para que les prevenga a las partes que en el acto de la notificación que se les haga de esta resolución digan si prorrogan el plazo de cuatro meses que se le ha dado al suscrito Juez para que dicte laudo terminal en este asunto; en vista de que ma-

EJEMPLO DE TESTAMENTO OLÓGRAFO.

Yo, don.... , argentino, que acredito identidad con.... , domiciliado en la calle.... , de la ciudad de.... , deseando testar en forma ológrafa, declaro:

I.- Que nacido el día.... , del mes de.... de.... , soy hijo de don.... y doña.... casado en.... nupcias con doña...., quien falleció el día.... del mes de.... de.... ; de ese matrimonio nacieron nuestros hijos, que viven y se llaman:.... , nacido el día.... del mes de.... de.... ;.... nacido el día.... del mes de.... de.... y.... nacido el día.... del mes de.... de.... , cuyas partidas de nacimiento se encuentran en mi caja de hierro.

II.- Que siendo vecino de la localidad mencionada anteriormente, declaro que poseo los siguientes bienes: a) Una casa-habitación, donde resido, con los muebles que la adornan; b) Una casa-habitación, en la que resido en mis vacaciones ubicada en la ciudad de.... Provincia de.... en la calle.... ; c) Una empresa de transporte, denominada "...." con sede en la calle.... , de esta ciudad y cuyas existencias se detallan en el libro inventario de esa empresa, rubricado en el Registro Público de Comercio de la Jurisdicción correspondiente; d) Una colección de monedas antiguas de Europa, de oro, que están guardadas en la Caja de Seguridad del Banco.... , sucursal.... , que lleva el numero.... y una de cuyas llaves se encuentra en mi Caja de Hierro; e) Un crédito hipotecario de pesos $.... contra don.... , domiciliado en la calle.... ,.... , de la ciudad de.... y que se encuentra instrumentada en la escritura pasada ante el Escribano.... , registro de la ciudad de.... que también se encuentra dentro de la Caja de Seguridad;

III.- Que no adeudo suma alguna a nadie con excepción de las deudas que figuran en el Libro Inventario, ya mencionado;

IV- Que instituyo a mis hijos.... y.... únicos y universales herederos;

V- Que lego la colección de monedas antiguas mencionada en el punto d) del título II, a la Sociedad Argentina de Ecología, para que las venda en pública subasta y con el producido de dichos fondos cree una fundación destinada al estudio y capacitación de estudiantes universitarios en la .disciplina ecológica. La fundación deberá llevar el nombre que elija la Asociación legataria en Asamblea General de Asociados, no pudiendo denominarse con mi nombre. En caso de que la Asociación no cumpla con el deber de crear la fundación el presente legado será revocado y el mismo pasará a engrosar el acervo hereditario a repartir entre mis herederos;

VI- En tanto y en cuanto mis dos hijos sean menores y yo falleciere antes de su mayoría de edad le nombre tutor al señor.... , domiciliado en la calle.... , de la ciudad de.... , quien se identifica con....

VII- Es mi deseo que al fallecer se me entierre en el Cementerio de la localidad marina de..., en la bóveda construida al efecto, prohibiéndose en mi velatorio el envío de flores y sepultándoseme con mi traje de casamiento;

VIII- Que nombro albacea al Sr.... , domiciliado en la calle.... de la ciudad de.... para que se cumplan mis disposiciones de última voluntad;

IX- Revoco todo otro testamento que hubiere hecho antes de ahora, debiendo prevalecer estas disposiciones, que son la expresión de mi última voluntad. Y no teniendo más que disponer firmo este testamento, escrito de mi puño y letra a los.... días del mes de.... de.... , en la ciudad de....

EJEMPLO DE TESTAMENTO ABIERTO.

T E S T I M O N I O

No. /2.000.-

DE LA ESCRITURA DE TESTAMENTO ABIERTO: Que hace el (la) señor (a): _____.- En ésta ciudad de _____, a horas _____, del día de hoy _____de dos mil _____ años, ante mí, el abogado, Dr. _____, Notario de Primera Clase , de éste Distrito Judicial, con residencia fija en ésta Capital y los testigos, que al final se nombran y suscriben, fueron presentes : la señora _____, con Cédula de Identidad Número _____, en su calidad de TESTADOR(A); el(la) señor(a) _____, con Cédula de Identidad número:_____; el(la) señor(a) _____, con Cédula de Identidad número:_____ y el(la) señor(a)_____ con Cédula de Identidad número:_____ en su condición de testigos; todos mayores de edad, vecinos de esta, hábiles por derecho, a quienes de conocerlos doy fe y dijeron : Que en la presente fecha suscriben una escritura del TESTAMENTO ABIERTO.- Las demás bases y condiciones constan en la minuta correspondiente, la que transcrita literalmente, como base fundamental, en cumplimiento, del artículo veintitrés, de la ley del notariado vigente, es del tenor que sigue . - - **M I N U T A** .- SEÑOR NOTARIO DE PRIMERA CLASE.- En los registros de escrituras que corren a su cargo, sírvase insertar un TESTAMENTO ABIERTO de conformidad al Art. 1131 del Código Civil, al tenor siguiente.- - - - **P R I M E R A.-** Yó el(la) señor(a) _____, hábil por derecho, vecino(a) de ésta ciudad, con domicilio en calle _____, de ésta ciudad, con Cédula de Identidad No. _____, en pleno uso de mis facultades mentales, declaro que soy hijo(a) legítimo(a) de _____ y la señora _____.- - - - **S E G U N D A.-** Tengo por hermanos de padre y madre a los señores: _____ y _____, de 16 y 24 años respectivamente; declaro además que no poseo descendencia y mi

estado civil es de soltero(a).- - -**T E R C E R A.-** (OBJETO).- En señal únicamente de amor y en reconocimiento, tal cual, Dios es testigo, le profeso a mis únicos hermanos los nombrados, pues con ellos he vivido todos los años de mi vida, siendo los mejores de mi existencia, por lo que soy consiente del cariño y apego que me han brindado no solamente en todo el transcurso de mi vida, sino en momentos difíciles; consiguientemente, de mi propia voluntad y sin que exista vicio alguno en mi consentimiento, dejo en virtud de éste Testamento el inmueble, lote de terreno de mi propiedad, marcado con el número _____, de _____ m2. (Literal _____), de extensión superficial ubicado en la Urbanización _____, zona _____de esta ciudad, inscrito en Derechos Reales a Fojas ____, Partida Número ____, del Libro ____ de Propiedad de la Provincia _____ en fecha _____, en partes iguales de mis hermanos _____ y _____.- Siendo que esta es mi última voluntad, la misma deberá homologarse ante cualquier autoridad judicial o extrajudicial.-

Q U I N T A.- Declaro que otorgo el presente Testamento abierto en presencia de los testigos: _____, con Cédula de Identidad número:_____, de ocupación _____, _____, con Cédula de Identidad número:_____, de ocupación _____y _____, con Cédula de Identidad número:_____, de ocupación _____; todos mayores de edad, vecinos de esta, hábiles por ley.- Usted señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de estilo y seguridad que le otorguen solemnidad al presente Testamento .- Cochabamba, ___ de _____de _____.- - - -Firmado.- Ilegible.- _____.- Firmado.- Ilegible.- _____.- Firmado.- Ilegible.-- _____.- Firmado.- Ilegible.- _____.- - - Fdo.- Ilegible.- _____ _____.- ABOGADO.- RUC. No. _____, M.C.A. No. _____.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - **C O N C L U S I O N** .- Son copias exactas de sus originales, que bajo el número: _____, queda incorporado al cuaderno de protocolos, de éste año, que corre a mi cargo, doy fe.- Presentes los señores: _____, en su calidad de TESTADOR(A); el(la) señor(a) _____ _____, el(la) señor(a) _____, y el(la) señor(a)_____, en su condición de testigos testamentarios.- De las generales ya mencionadas, de quienes doy fe y dijeron: Que, aceptan íntegramente, el tenor de la presente escritura.- - - - - En testimonio de que así dijeron y lo otorgan se ratifican firmando, juntamente, con los testigos, instrumentales _____y _____, con Cédulas de Identidad Números: _____ y _____, oficinista y obrero, mayores de edad, vecinos de esta, hábiles por ley, de que doy fe. - - - - - - - Firmado.- Ilegible.- _____ Firmado.- Ilegible.- _____.- Firmado.- Ilegible.- _____.- Firmado.- Ilegible.-- _____Firmado.- Ilegible.- _____.- Firmado.- Ilegible.- _____.- Firmado.- Ilegible.- _____.- Testigos Instrumentales.-- -- Ante mí.- _____.- - Dr. _____.- - Notario de Primera Clase.- -Sello Notarial.

Cochabamba, ___de _____de _____.-

Firmas. Firmas.

EJEMPLO DE TESTAMENTO CERRADO

En la ciudad de.... a los.... días del mes de.... del.... , ante mi, Escribano Autorizante comparece el Sr.... , argentino, mayor de edad, de estado civil , hijo de.... y de.... de profesión.... domiciliado en la calle.... N°.... de esta ciudad, hábil, de mi conocimiento doy fe dice: Que hallándose en pleno uso de sus facultades mentales me exhibe y me entrega un sobre cerrado que lleva impreso en lacre rojo un sello con las iniciales.... y al hacerlo dijo de viva voz: Que dentro del mencionado sobre se hallaba su testamento, haciendo constar que todo en él va escrito en su puño y letra, que era su deliberada y última voluntad y que desea que, luego de cumplidas las solemnidades exigidas para que fuere y valiere como testamento cerrado, quedase para su custodia en poder del autorizante. Son testigos de este acto el señor.... , argentino, mayor de edad, de estado civil.... en.... nupcias con.... hijo de.... y de.... quien se identifica con..N°.... y el señor.... , argentino, mayor de edad, de estado civil.... , hijo de.... y de.... quien se identifica con.... N°.... ambos vecinos de esta ciudad, domiciliados respectivamente en la calle.... N°.... y en la calle.... N°.... Leída que les fue a los comparecientes se ratifican de su contenido y firman de conformidad de lo que doy fe.

EJEMPLO DE TESTAMENTO MILITAR

Siendo las once horas del día miércoles nueve de abril de dos mil tres, Yo, Jazmín López Colín, mayor de edad, soltera, enfermera militar ,con domicilio en calle vereda manzana setenta y cinco lote veinte, hacienda ojo de agua, Tecamac, Estado de México, en pleno y cabal uso de mis facultades físicas y mentales y teniendo firme y deliberada voluntad de otorgar este testamento, ordeno mi ultima voluntad a las siguientes disposiciones:

Instituyo y nombro como heredera universal de todos mis bienes, derechos y acciones presentes y futuros que llegase atener en el momento de mi muerte , a mi sobrina Jennifer López Meza, y en caso de que llegase a faltar la heredera antes citada nombro como heredera sustituta de la misma, a mi sobrina Sheyla Jacqueline López Villa.

Y la vez nombro como albacea a Luisa Javier Matus.

Como testigos de este testamento, se encuentran la señorita Mayte Aguilar López con domicilio particular en Xochimilco quinta sección, México, D.f., al señor Fernando Solano Sánchez con domicilio en fraccionamiento jacarandas numero dos y al señor José Domínguez López con domicilio en calle arcángel numero ocho, las brisas, DF.

TESTADOR

_____

Jazmín López Colín

TESTIGO

_____

José Domínguez López

EJEMPLO DE TESTAMENTO MARÍTIMO

Madrid 09 de abril de 2003

Siendo las once horas del día miércoles nueve de abril de dos mil tres Yo, Jazmín López Colín, mayor de edad, soltera, con domicilio en calle vereda manzana setenta y cinco lote veinte, hacienda ojo de agua, Tecamac, Estado de México, en virtud de no tener la posibilidad de acudir con un notario debido a que me encuentro en altamar; en pleno y cabal uso de mis facultades físicas y mentales y sin que medie coaccion alguna manifiesto mi voluntad, con el pleno deseo de que se cumpla lo aquí escrito después de mi fallecimiento, de la manera siguiente.

Nombro como mi única y universal heredera a mi sobrina Jennifer López Meza, a quien otorgo mis oficios, muebles e inmuebles, presentes y futuros que llegase atener en el momento de mi muerte, y en caso de que llegase a faltar la heredera antes citada nombro como heredera sustituta de la misma, a mi sobrina Sheyla Jacqueline López Villa.

Y la vez nombro como albacea a Luisa Javier Matus.

Como testigos de este testamento se encuentra el capitán Jorge Arturo Mejia Duran y los marineros José de Jesús Platas Mercado y Melquíades Meléndez Javier.

TESTADOR

_____

Jazmín López Colín

_____

Jorge Arturo Mejia Duran

CAPITAN