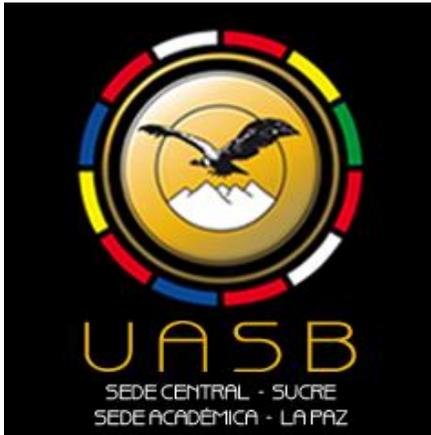


**UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR**

**MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL**



**TESIS DE GRADO**

**“LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS DE ANTICIPO  
DE LEGITIMA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO  
CIVIL BOLIVIANO”**

**PRESENTADA PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE  
MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL**

**Postulante:**

Elliot Ricardo Velásquez Blacutt

**Docente tutor:**

Dr. Wilson Jaime Rizieri Villarroel Montaña

**LA PAZ – BOLIVIA**

**2016**



UASB  
Universidad Andina Simón Bolívar

### Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía

Yo... Elliot Ricardo Velásquez Blacut ..... C.I. 4934058 LP  
autor/a de la tesis titulada

..... La validez de los contratos de anticipación legítima en el  
ordenamiento jurídico civil boliviano .....  
mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva  
autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos  
para la obtención del título de

..... Maestría en Derecho Contractual .....  
.....

En la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede académica La Paz.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Académica La Paz, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación a partir de la fecha de defensa de grado, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamo de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría Adjunta a la Secretaria General sede Académica La Paz, los tres ejemplares respectivos y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha... 28/09/16 .....

Firma: ..... [Firma manuscrita] .....

(3)



## **DEDICATORIA**

A mi mamita Nelly, ejemplo de mujer y sostén de mi vida.

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi papito, Ricardo G. Velásquez Torrez, a quien debo el amor por esta bella carrera profesional, por su ejemplo como abogado, su superación personal diaria y ética profesional que, han inspirado dedicación en este trabajo.

A mi mama Nelly y mis hermanos Marcio y Made, familia Velasquez y familia Salinas, por todo su amor, apoyo y confianza, por estar siempre pendientes de mí.

Finalmente a mi tutor, Wilson Jaime Rizieri Villarroel Montaña, que de forma desprendida ha compartido sus experiencias y me ha apoyado durante la elaboración de esta tesis.

## INDICE GENERAL

### LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS DE ANTICIPO DE LEGÍTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CIVIL BOLIVIANO

#### *Capítulo I. JUSTIFICACION Y FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACION I*

<b>1.</b>	<b>JUSTIFICACION.</b> _____	<b>1</b>
<b>2.</b>	<b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b> _____	<b>7</b>
<b>3.</b>	<b>JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION</b> _____	<b>7</b>
3.1.	Justificación teórica.- _____	7
3.2.	Justificación practica.- _____	7
3.3.	Justificación metodológica.- _____	8
<b>4.</b>	<b>OBJETIVOS</b> _____	<b>9</b>
4.1.	Objetivo General _____	9
4.2.	Objetivos Específicos _____	9
<b>5.</b>	<b>HIPOTESIS</b> _____	<b>10</b>
<b>6.</b>	<b>DELIMITACION DE LA INVESTIGACION</b> _____	<b>10</b>
6.1.	Delimitación temática.- _____	10
6.2.	Delimitación temporal.- _____	10
6.3.	Delimitación espacial.- _____	10

#### *Capítulo II. LOS PACTOS SUCESORIOS Y/O CONTRATOS SOBRE SUCESION FUTURA.* \_\_\_\_\_

<b>1.</b>	<b>ANTECEDENTES HISTORICOS NECESARIOS.</b> _____	<b>11</b>
1.1.	Precedentes en el Derecho Romano. _____	11
1.2.	Precedentes en el Derecho Germánico. _____	13
1.3.	Precedentes en el Derecho Francés. _____	15
1.4.	Precedentes en el Derecho Español. _____	17
1.5.	Precedentes en el Derecho Italiano _____	18
<b>2.</b>	<b>TEORIA DE LOS ACTOS MORTIS CAUSA.</b> _____	<b>19</b>
<b>3.</b>	<b>CONCEPTO Y DEFINICION DEL CONTRATO DE SUCESION FUTURA.</b>	<b>22</b>
3.1.	Definición.- _____	24
3.2.	Concepto.- _____	25
3.3.	Requisitos de existencia de los pactos sucesorios.- _____	26
<b>4.</b>	<b>CLASES DE CONTRATOS SUCESION FUTURA.</b> _____	<b>26</b>
4.1.	Clasificación de los contratos de sucesión futura. _____	26
a)	Según la extensión del objeto.- _____	26

b)	Según el modo de celebración.-	27
c)	Según los sujetos.-	27
d)	Según su contenido.-	27
1)	Institutivos.-	27
2)	Renunciativos.-	27
3)	Dispositivos.-	28
4)	Distributivos.-	28
4.2.	Características de los contratos de sucesión futura.	29
a)	Son actos jurídicos bilaterales.-	29
b)	Son inter vivos y mortis causa.-	30
c)	Son gratuitos u onerosos.-	30
d)	Son irrevocables.-	30
e)	Son limitados o restringidos por la ley (en protección de la legítima).-	31
f)	Son solemnes.-	31
<b>5.</b>	<b>REQUISITOS DE FORMACION, EFECTOS Y EXTINCION DE</b>	
	<b>CONTRATOS DE SUCESION FUTURA.</b>	<b>32</b>
5.1.	Requisitos de formación.-	32
a)	Consentimiento de los sujetos contratantes.-	32
b)	Capacidad.-	33
c)	Objeto.-	33
d)	Causa.-	35
e)	Forma.-	36
1)	Ad solemnitatem.-	36
2)	Ad probationem.-	36
5.2.	Efectos.-	37
5.2.1.	Efectos inter vivos.-	37
5.2.2.	Efectos mortis causa.-	38
5.3.	Extinción.-	39
a)	Por el cumplimiento de sus fines.-	39
b)	Por imposibilidad de su cumplimiento.-	40
c)	Por incumplimiento de condición.-	40
d)	Por mutuo disenso.-	40
e)	Por declaración de nulidad.-	40
f)	Acción judicial de reducción, colación o simulación.-	40
g)	Por revocación unilateral.-	41
<b>6.</b>	<b>ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LOS CONTRATOS</b>	
	<b>SOBRE SUCESION FUTURA.</b>	<b>41</b>
6.1.	ARGUMENTOS EN CONTRA DE LOS CONTRATOS SOBRE SUCESION	
	FUTURA.	41
6.2.	ARGUMENTOS A FAVOR DE LOS CONTRATOS SOBRE SUCESION	
	FUTURA.	43
<b>7.</b>	<b>TENDENCIAS ACTUALES.</b>	<b>43</b>

**Capítulo III. LA SITUACION ACTUAL DE LOS CONTRATOS SOBRE  
SUCESION FUTURA, EN EL DERECHO COMPARADO. \_\_\_\_\_ 46**

**1. LEGISLACIONES QUE ADMITEN Y PROHIBEN LOS CONTRATOS DE  
SUCESION FUTURA. \_\_\_\_\_ 46**

1.1.	Legislaciones europas. _____	46
1.1.1.	Permisivas.- _____	46
1.1.1.1.	Código Civil Alemán.- _____	46
1.1.1.2.	Código Civil Suizo.- _____	50
1.1.1.3.	Código Civil Austriaco.- _____	52
1.1.1.4.	Código Civil Portugués.- _____	53
1.1.2.	Prohibitivas.- _____	53
1.1.2.1.	Código Civil Español.- _____	53
1.1.2.2.	Código Civil Francés.- _____	55
1.1.2.3.	Código Civil Italiano.- _____	56
1.2.	Legislaciones americanas. _____	56
1.2.1.	Código Civil Brasileiro.- _____	56
1.2.2.	Código Civil Mexicano.- _____	57
1.2.3.	Código Civil Peruano.- _____	58
1.2.4.	Código Civil Uruguayo.- _____	58
1.2.5.	Código Civil Chileno.- _____	59
1.2.6.	Código Civil Colombiano.- _____	60
1.2.7.	Código Civil Argentino.- _____	61

**Capítulo IV. LOS CONTRATOS DE SUCESION FUTURA EN LA  
LEGISLACION DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. \_\_\_\_\_ 63**

1.	ANTECEDENTES DE CONTRATOS SOBRE SUCESION FUTURA EN BOLIVIA EN EL CODIGO CIVIL SANTA CRUZ DE 1831. _____	64
2.	CODIGO CIVIL VIGENTE DE 1976. _____	66
3.	PACTOS O CONTRATOS SOBRE SUCESION FUTURA ¿PROHIBIDOS O PERMITIDOS? _____	69

**Capítulo V. LOS CONTRATOS DE ANTICIPO DE LEGÍTIMA. \_\_\_\_\_ 75**

1.	Contrato de donación. _____	77
1.1.	Concepto.- _____	77
1.2.	Características.- _____	77
1.2.1.	Contrato unilateral.- _____	77
1.2.2.	Formal o solemne.- _____	77
1.2.3.	Irrevocable.- _____	79
1.2.4.	Gratuito.- _____	79
1.2.5.	Personalísima.- _____	79
1.3.	Clases.- _____	81
1.3.1.	De acuerdo a la clasificación que la ley establece.- _____	81

1.3.2.	De acuerdo a la manera de transferir lo donado.-	83
1.3.3.	Otras variedades de donación.-	84
1.4.	Elementos y requisitos de formación del contrato.-	85
1.4.1.	Consentimiento.-	85
1.4.2.	Capacidad.-	86
1.4.2.1.	Representación convencional de las personas capaces.-	87
1.4.3.	Objeto.-	88
1.4.4.	Causa.-	88
1.4.5.	Forma.-	89
1.5.	Efectos.-	89
1.6.	Modalidades.-	90
1.6.1.	La condición.-	90
1.6.2.	El plazo.-	90
1.6.3.	La carga.-	91
1.7.	Formas de extinción.-	91
<b>2.</b>	<b>Los testamentos.</b>	<b>93</b>
2.1.	Concepto.-	93
2.2.	Características.-	94
2.2.1.	Acto unilateral y personalísimo.-	94
2.2.2.	Acto jurídico de última voluntad o <i>mortis causa</i> .-	94
2.2.3.	Acto Formal.-	95
2.2.4.	Universal o particular.-	96
2.2.5.	Acto revocable.-	96
2.3.	Clases.-	97
2.4.	Elementos y requisitos de formación del testamento.-	101
2.4.1.	Voluntad unilateral.-	101
2.4.2.	Capacidad.-	101
2.4.3.	Objeto.-	103
2.4.3.1.	Objeto material (cosa) sobre la que recae.-	105
2.4.3.2.	La desheredación.-	106
2.4.4.	Causa.-	106
2.4.5.	Forma.-	107
2.5.	Modalidades.-	107
a)	Condición.-	108
b)	Plazo o termino.-	108
c)	Cargo.-	109
2.6.	Efectos.-	110
2.7.	Formas de extinción.-	111
2.7.1.	Revocación de testamento.-	111
2.7.2.	Caducidad de testamento.-	112
2.7.3.	Nulidad de testamento.-	113
2.7.4.	La anulabilidad del testamento.-	114
2.7.5.	Ineficacia.-	114

<b>3. Los contratos de anticipo de legítima como figura contractual independiente de los contratos de donación y de los testamentos.</b>	<b>115</b>
3.1. Concepto y naturaleza jurídica.-	115
3.2. Características.-	117
3.2.1. Negocio jurídico bilateral.-	117
3.2.2. <i>Inter vivos</i> y <i>mortis causa</i> .-	117
3.2.3. Gratuito.-	117
3.2.4. Irrevocables.-	118
3.2.5. Limitado o restringido por la ley (en protección de la legítima).-	118
3.2.6. Son solemnes.-	119
3.2.7. Atípico.-	119
3.3. Elementos y requisitos de formación del contrato.-	120
3.3.1. Consentimiento.-	120
3.3.2. Capacidad.-	121
3.3.3. Objeto.-	122
3.3.4. Causa.-	123
3.3.5. Forma.-	124
3.4. Modalidades.-	124
3.5. Efectos.-	125
3.5.1. Efectos <i>inter vivos</i> .-	125
3.5.2. Efectos <i>mortis causa</i> .-	126
3.6. Formas de extinción.-	128
<b>4. Consideraciones finales.-</b>	<b>129</b>
<b><i>Capítulo VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</i></b>	<b>131</b>
<b>1. CONTENIDO.</b>	<b>131</b>
1.1. CONCLUSIONES.-	131
1.2. RECOMENDACIONES.-	136
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>138</b>

## RESUMEN

El contrato de anticipo de legítima, dentro el contexto de la costumbre jurídica boliviana, es un negocio jurídico contractual utilizado de forma común por las personas naturales, usualmente con la finalidad que tienen los padres de dotar de bienes a sus hijos de forma actual, impulsados por los más distintos móviles, tales son los casos de que estos puedan disponer inmediatamente de esos bienes, gravarlos para obtener créditos bancarios o simplemente resolver cuestiones hereditarias en vida, entre otros.

Pese a tratarse de un contrato de uso ordinario, el mismo no ha sido tipificado por nuestro ordenamiento jurídico civil, menos regulado en cuanto a sus requisitos de existencia y validez, efectos y formas de extinción; Por el contrario, de manera implícita se ha optado por otorgarle validez y regularlo de forma análoga por las normas que rigen el contrato de donación, solución no cuestionada hasta el día de hoy.

A raíz de lo precedentemente señalado, mediante el presente trabajo de investigación pretendemos demostrar que debido a la especial naturaleza jurídica del contrato de anticipo de legítima, el mismo no es válido actualmente en nuestro ordenamiento jurídico civil; Para sostener dicha postura, hemos realizado un análisis de la normativa nacional y extranjera, la doctrina y la jurisprudencia referida a este tema, que nos permita establecer con la mayor precisión cual es la naturaleza jurídica del contrato de anticipo de legítima, cuales sus requisitos de formación, los efectos que produce, sus formas de extinción, y a partir de ello, determinar en qué medida la solución de regular este contrato bajo las mismas normas que reglan el contrato de donación, es acertada o idónea.

Resulta importante considerar los alcances de este estudio, pues a través del mismo seguramente obtendremos un entendimiento alternativo al pre existente respecto al contrato de anticipo de legítima.

## **CAPÍTULO I. JUSTIFICACION Y FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACION**

### **1. JUSTIFICACION.**

El Art. 1254 del Código Civil boliviano de 1976 vigente estatuye que: *“Toda donación hecha a heredero forzoso que concurra a la sucesión del donante importa anticipo de su porción hereditaria, salvo el caso de dispensa a que se refiere el artículo 1255”*, mediante cuya previsión se da solución a la hipotética situación en que, si la persona que ha recibido donación de otra, de forma posterior a dicho negocio jurídico, resulta ser heredero forzoso de su donante y acepta la herencia del mismo, entonces, lo recibido por una inicial liberalidad a título de donación se transforma inmediatamente en un recibimiento anticipado de la porción hereditaria que le corresponde, salvo expresa dispensa de colación.

Desglosados los presupuestos previstos por la citada norma, es necesario hacer hincapié que dicha solución está prevista para los casos de donaciones que posteriormente caen en la hipotética situación brevemente referida; Sin embargo en la sociedad boliviana, dentro de nuestra costumbre y práctica jurídica cotidiana *–presumiblemente basándose, de alguna forma, en un entendimiento amplio y extensivo del citado Art. 1254 del C. Civil-* se han instaurado de forma directa, los comúnmente conocidos “contratos de anticipo de legitima” o “contratos de anticipo de herencia”, instrumentos jurídicos contractuales que no se hallan previstos por ley, tampoco han sido expresamente regulados por la normativa civil vigente y, a pesar de ello, son utilizados frecuentemente en la sociedad boliviana (PRIETO, 1997, p. 87), de la misma manera llama la atención su tacita regulación análoga por las reglas previstas para los contratos en general y especialmente con el negocio jurídico típico de donación.

Ahora, teniendo presente esos antecedentes cabe preguntarse ¿Sera lo mismo el contrato de donación que el “contrato de anticipo de legitima”? ¿Será correcto y normativamente suficiente que, dentro de la legislación boliviana, ambos negocio jurídicos sean regulados por las reglas previstas para la donación? O ¿serán negocios jurídicos de naturaleza, regulación y efectos jurídicos distintos?

## *Capítulo I. Justificación y Fundamentos de la Investigación*

Para intentar dar una respuesta a esas interrogantes, debemos expresar que desafortunadamente los autores y la literatura jurídica nacional no se han ocupado a profundidad de establecer similitudes, realizar comparaciones y/o distinciones entre el negocio jurídico de donación y el de anticipo de legítima; Si bien por un lado, respecto al contrato de donación, existe abundantes comentarios doctrinales sobre su regulación normativa, doctrina y jurisprudencia, no ocurre lo mismo con el contrato de anticipo de legítima, que superficialmente es nombrada y citada conjuntamente con la acción de colación, haciéndose mayor énfasis en esta última acción petitoria de carácter sucesorio, que en el contrato propiamente.

Por ello, es preciso acudir a la doctrina y a las fuentes normativas extranjeras que han influido en los codificadores bolivianos del Código Civil de 1976 vigente, a objeto de observar cual la verdadera naturaleza jurídica del “contrato de anticipo de legítima” y qué tratamiento legal normativo se le ha otorgado al mismo en dichas legislaciones, sin dejar de lado el estudio y la revisión de otra legislación comparada, que nos podría otorgar una visión mucho más amplia sobre el tema.

Bien, cabe decir que existen dos teorías predominantes respecto a la naturaleza jurídica del “contrato de anticipo de legítima”, que pasamos a exponer brevemente.

Por un lado, el Tribunal Registral, Superintendencia Nacional de Registros Públicos-SUNARP del Ministerio de Justicia del Perú (2010), ha sostenido que:

*...jurídicamente no existe un contrato “de anticipo de legítima”. El contrato será de donación u otro cuyo objeto sea una liberalidad o, en general, una prestación unilateral a cargo de una de las partes sin que la otra asuma obligación alguna. Lo que sucede es que cuando estas liberalidades son efectuadas a favor de heredero forzoso, tienen un efecto sucesorio concreto, regulado por el artículo 831 del Código Civil (del Código Civil Peruano): “se consideraran como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse”*

La anterior postura, desconoce la existencia e independencia del “contrato de anticipo de legítima”<sup>1</sup> y, consecuentemente, sugiere que tanto el contrato de

---

<sup>1</sup> El mismo Tribunal Registral, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos-SUNARP del Ministerio de Justicia del Perú (2010) citando a LOHMANN funda su postura además, argumentando que es de lo más impropio calificar a las donaciones en favor de los legitimarios como anticipo,

### Capítulo I. Justificación y Fundamentos de la Investigación

donación como el de anticipo de legítima serían exactamente lo mismo; Dicha concepción no nos deja conformes porque creemos que, desde el punto de vista de regulación normativa, deja muchos cabos sueltos en cuanto a la naturaleza jurídica y ordenación de los elementos de formación como de los efectos jurídicos *inter vivos* y *mortis causa* que produce el “contrato de anticipo de legítima”, que no pueden ser sencillamente resueltos asimilando ambos contratos como si fueran iguales, otorgándoles el mismo tratamiento legal, desconociendo sus particularidades propias y los efectos distintos que producen.

En efecto, desde nuestro punto de vista, dicha teoría no considera que la intención contractual en el contrato de donación es realizar una liberalidad a un tercero, mientras que en el “contrato de anticipo de legítima” la intención contractual está dirigida a entregar anticipadamente o, en algún caso, distribuir la futura porción hereditaria a un potencial heredero legitimario o forzoso<sup>2</sup>; En cuanto a los sujetos intervinientes de dichos negocios jurídicos las reglas se presentan también diferentes, por ejemplo, la donación, por regla general de los contratos, puede realizarse entre dos o más partes, cada una constituida por cualquier persona capaz (es amplio), mientras que el “contrato de anticipo de legítima” está limitado a ser otorgado por el futuro *de cuius* en favor de quienes tendrían eventualmente derecho a su legítima (es restrictivo) y no así a otras personas; En el mismo sentido, la donación está prohibida entre cónyuges de acuerdo al Art. 666 del Cod. Civil, pero, siendo el cónyuge considerado heredero legitimario o forzoso ¿acaso también estaría prohibido anticiparle la legítima, a la que por ley tiene derecho? La pregunta no es de fácil respuesta y requiere un estudio detenido y fundamentación minuciosa. Por su parte, si bien ambos contratos engendran efectos jurídicos *inter vivos*, únicamente el “contrato de anticipo de legítima” produce efectos *mortis causa* –los cuales no son alcanzados ni podrían ser regulados por las reglas del contrato de donación-, por ejemplo si acaso el futuro heredero forzoso aceptase suscribir el “contrato de anticipo de legítima” y recibir su porción hereditaria anticipadamente, ¿Importaría obligación implícita de aceptar la herencia una vez abierta la sucesión?, de ser así ¿Estaríamos frente a una violación del Art. 1018 del C. Civil boliviano? En fin, mientras más intentamos asimilar los contratos de

---

porque cuando se hace una liberalidad es solamente eso, bajo título de donación u otro, y mientras el donante no muera no es anticipo de nada.

<sup>2</sup> Nuestro entendimiento, halla sustento también en el análisis de PÉREZ LASALA (1978: p. 732) sobre las donaciones a descendientes, de las que dice son contenedoras de una presunción que el causante al hacer la donación ha querido en realidad realizar un anticipo de herencia.

## *Capítulo I. Justificación y Fundamentos de la Investigación*

donación con los “contratos de anticipos de legítima”, más diferentes los encontramos.

Por otro lado, en contrariedad a la primera tesis, algunos autores, como VELÁSQUEZ LONDOÑO (1989; pag. 251), señalan que el contrato de anticipo de legítima “...se trata de un contrato con objeto sobre una sucesión futura”. Bajo este segundo entendimiento, a diferencia del primero, se postula que el contrato de anticipo de legítima tiene naturaleza jurídica propia e independiente –*respecto del contrato de donación*- como pacto o contrato sobre sucesión futura, por tanto, claramente esta segunda postura distingue ambos negocios jurídicos e implícitamente aparta al contrato de anticipo de legítima del contrato de donación, posición a la que nos acogemos, porque la donación es un acto de liberalidad únicamente *inter vivos*, mientras que al hablar de anticipo de legítima o de herencia, nos encontramos con un negocio jurídico con efectos *inter vivos* y *mortis causa* a la vez, lo que implica la actuación de varios y diversos efectos sucesorios, no siendo absurdo calificarlo como un pacto o contrato de sucesión futura.

Como superficialmente se puede observar, indudablemente existen suficientes elementos que vislumbran al “contrato de anticipo de legítima” como un pacto o contrato de sucesión futura, sin embargo, aceptar esta segunda tesis -que se presenta mucho más acorde a la naturaleza jurídica independiente del “contrato de anticipo de legítima”- implica considerar simultáneamente que, en nuestra legislación los contratos sobre sucesiones futuras están prohibidos principalmente por los Arts. 1004 y 1018 del Código Civil boliviano vigente de 1976 y admitidas a título de excepción por el Art. 1005 del mismo código civil sustantivo. Entonces, bajo ese entendimiento ¿Es el “contrato de anticipo de legítima” un pacto sucesorio permitido o prohibido por la legislación nacional boliviana?

Lamentablemente, en cuanto a la regulación de los contratos sobre sucesión futura, en el Estado Plurinacional de Bolivia, ni la regla (de prohibición, Arts. 1004 y 1018 del C. Civil) tampoco la excepción (de admisibilidad, Art. 1005 del C. Civil) han sido desarrolladas, en su contenido y alcances, en otras normas por los legisladores nacionales, a decir de VILLAFUERTE (1990; p. 194) el Código Civil Boliviano de 1976 se ocupa ampliamente de la sucesión legal o intestada y testamentaria, pero, para la sucesión contractual, no existe un tratamiento similar ni mucho menos, quedando el contrato sucesorio institutivo aislado en una sola norma, Art. 1005 del Cod. Civil, sin que nada se haya dispuesto respecto de la

## Capítulo I. Justificación y Fundamentos de la Investigación

capacidad de los contratantes, del causante, sobre la forma, los efectos, modalidades, modificaciones y extinción.

Ciertamente, los contratos sobre sucesión futura no tienen un suelo jurídico sólido en la legislación boliviana como se ha hecho referencia anteriormente, pues realmente la normativa, doctrina y jurisprudencia nacional es escasa. Esta situación, como consecuencia natural y directa, genera incertidumbre jurídica para los otorgantes de este tipo de contratos, en cuanto a la validez o invalidez, cuál el tratamiento legal debe conferirse a los contratos sucesorios, así como sobre sus requisitos necesarios de formación y los efectos, permitidos y/o prohibidos, de los mismos. En el mismo sentido BADARACCO (1967: pag. 128) expresa que la ausencia de normas torna difícil la práctica *-de los contratos sucesorios-*, sin ellas su eficacia se hace incierta y desaparece la seguridad y la armonía que se supone debiera existir.

En suma, grandes son los riesgos que corre nuestro ordenamiento jurídico *-por la alta posibilidad de colisión o quebrantamiento de instituciones propias de las sucesiones que son celosamente protegidas por ley como la sucesión legal o legitimaria, que no pueden ser obviadas por los contratos-* cuando se utilizan instrumentos jurídicos que carecen de normas que garanticen adecuadamente el cumplimiento de sus fines, como ocurre con los contratos sobre sucesión futura.

El problema se acrecienta, si consideramos que *-de forma genérica para todos los pactos sobre sucesión futura-* se ha sugerido que no es conveniente regular dichos contratos con las reglas y principios que norman los contratos en general, por la importancia y naturaleza jurídica misma de esos contratos. VILLAFUERTE (1990; p. 17) razona que, no es recomendable imaginar contratos sucesorios que se vayan a regir por los principios previstos para los contratos en general, que si bien son aplicables en alguna medida, no consideran los efectos que se producen al fallecimiento del causante, toda vez que estos son calificados como *inter vivos* y *mortis causa* a la vez.

Estos aspectos no hacen sino situar a los contratos sobre sucesión futura en un aislamiento fuera del ordenamiento jurídico sistemático nacional, exponiendo a quienes utilicen estos instrumentos jurídicos contractuales sucesorios a una potencial inseguridad jurídica, falta de certeza jurídica e ineficacia, con los consiguientes problemas judiciales y perjuicios patrimoniales.

## *Capítulo I. Justificación y Fundamentos de la Investigación*

Esta realidad de los contratos sobre sucesión futura (en general) descrita, en mayor o menor medida, alcanza a los “contratos de anticipo de legitima” (en específico) – deduciendo claro, que todos los problemas y potenciales peligros del genero de pactos sucesorios, alcanza también a los pactos sucesorios específicos como el “contrato de anticipo de legitima”- que por su naturaleza no son ajenos a la problemática expuesta, su validez es dudosa o mejor dicho su invalidez es más que probable, si bien la regulación de sus efectos *inter vivos* podrían ser suplidas análogamente por las reglas que rigen al contrato de donación, no podemos decir lo mismo respecto a los efectos *mortis causa* que producen, que debieran ser regulados atendiendo las reglas del genero contractual (contratos sobre sucesión futura), las cuales –como se ha expresado- no existen en nuestro ordenamiento jurídico, consecuentemente estos últimos efectos caen en la incertidumbre jurídica, causando potenciales peligros y perjuicios a las personas que utilizan estos contratos. Ante tal magnitud de problemas jurídicos, reiterando lo indicado en un inicio, es alarmante la frecuencia y ligereza con la que se otorgan “contratos de anticipo de legitima” en el Estado Plurinacional de Bolivia, no siendo difícil incluso encontrar dichos instrumentos jurídicos contractuales en registros públicos como Notarias de Fe Publica y Derechos Reales.

Así brevemente expuesta la problemática, es imprescindible precisar la verdadera naturaleza jurídica y características particulares de los “contratos de anticipo de legitima”, como su ubicación dentro de la clasificación de contratos sobre sucesión futura, determinar cuáles los requisitos y elementos necesarios para la formación de este contrato, revisando hasta qué grado es correcta, pertinente y suficiente la aplicación análoga de las normas que regulan el contrato de donación como se ha hecho hasta el día de hoy, sobre cuya base podremos analizar concretamente y determinar sobre su validez o invalidez en el ordenamiento jurídico civil boliviano; Este estudio se justifica por la evidente insuficiencia normativa de los contratos sobre sucesión futura en general y la habitual utilización del “contrato de anticipo de legitima” como instrumento de transferencia de derecho propietario, mereciendo un análisis en específico la regla del Art. 1254 del C. Civil, las reglas de prohibición y permisibilidad de los contratos sobre sucesión futura, así como las normas conexas con las que actualmente se da origen y regula “tacita y/o análogamente” al “contrato de anticipo de legitima”.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Expuestos los antecedentes y quedando al descubierto los potenciales problemas y peligros jurídicos a los que se exponen los contratantes que utilizan los contratos sobre sucesión futura, en general, como los “contratos de anticipo de legítima” en específico, es necesario precisar que el objeto del presente trabajo de investigación se circunscribirá bajo la siguiente interrogante:

De acuerdo las reglas, prohibitivas y permisivas, sobre contratos sobre sucesión futura y conforme la naturaleza jurídica propia de este negocio jurídico **¿Son realmente, permitidos y válidos, los contratos de anticipo de legítima dentro del ordenamiento jurídico civil boliviano?**

## **3. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION**

### **3.1. Justificación teórica.-**

El objeto de investigación halla su justificación teórica en virtud a que un propósito del estudio es generar reflexión y debate académico sobre el conocimiento preexistente -antecedentes, teorías, nociones, tendencias y análisis jurídico- respecto a la naturaleza jurídica, la suficiencia o insuficiencia de la actual regulación normativa del “contrato de anticipo de legítima”, como fundamentalmente la validez y/o permisibilidad dentro del sistema jurídico civil boliviano de este contrato, pretendiendo mediante este estudio, refutar gran parte de las posiciones existentes y contrarrestarlas con la posición teórica que propondremos.

### **3.2. Justificación práctica.-**

Los “contratos de anticipo de legítima” son instrumentos jurídico contractuales utilizados frecuentemente en la praxis jurídica boliviana, siendo común observar que se concreten este tipo de contratos, sin embargo su regulación normativa es superficial y no cuenta con bases jurídicas sólidas necesarias, mismas que no responden a los verdaderos alcances de los efectos jurídicos que produce este contrato y, menos se cuestiona su validez; desprendiéndose como resultado latentes peligros jurídicos y consecuencias jurídicas desfavorables no pretendidas e inadvertidas por los contratantes, aspectos que, mediante el presente trabajo de investigación pretendemos dilucidar proporcionando a abogados, jueces, juristas, estudiantes de derecho y a la sociedad boliviana en su conjunto, elementos

## *Capítulo I. Justificación y Fundamentos de la Investigación*

jurídicos teóricos útiles, que permitan un mejor entendimiento de estos instrumentos jurídicos contractuales “contratos de anticipo de legítima”, sugiriendo un tratamiento adecuado, conforme a su naturaleza jurídica y nuestro ordenamiento jurídico.

### **3.3. Justificación metodológica.-**

Dado el objeto de estudio y el problema que se pretende resolver, que consiste en identificar la validez o invalidez del “contrato de anticipo de legítima”, consideramos conveniente abordar nuestro planteamiento científico fenomenológico en torno o mediante la **metodología cualitativa** de investigación:

**Método.-** Serán útiles para los fines de la investigación, los siguientes métodos:

- **Dogmático jurídico.-** Se realizará estudio, análisis e interpretación normativa, progresiva y sistemática del ordenamiento jurídico civil boliviano en su conjunto, análisis de las teorías, consideración de la doctrina y jurisprudencia existente, nacional y extranjera, en torno al objeto de nuestro estudio.
- **Holístico-Descriptivo.-** La investigación tomara al fenómeno jurídico que se produce en torno a los “contratos de anticipo de legítima”, analizándolo y describiendo particularmente y en su conjunto con el sistema normativo civil vigente, haciendo énfasis en los contratos en general, el contrato de donación y ciertos institutos del derecho sucesorio, tales como el testamento.
- **Inductivo.-** A partir de la investigación que realicemos, intentaremos obtener ideas, conceptos emergentes de los datos particulares de nuestro objeto de investigación.
- **Deductivo.-** Empezaremos de los datos generales o genéricos obtenidos en la investigación e, intentaremos obtener ideas, conceptos aplicables a los casos particulares.
- **Comparativo.-** Realizaremos una investigación sistemática de semejanzas y diferencias de nuestro objeto de estudio “contrato de anticipo de legítima” con actos o negocios jurídicos similares, que nos proporcione elementos útiles para determinar su autonomía respecto a las mismas o su calidad de subespecie con relación a alguna de ellas.

## *Capítulo I. Justificación y Fundamentos de la Investigación*

**Técnicas de recolección y análisis de datos.-** Las técnicas de recolección y análisis de datos se realizarán a partir del **análisis documental**, revisión de archivos, revistas, libros, libros electrónicos, en bibliotecas personales o privadas, públicas, universitarias, de colegio de abogados, tribunal departamental de justicia, como en internet.

A su vez, emplearemos el **análisis hermenéutico**, que se refiere a la interpretación de una norma o algunas normas en virtud al sistema jurídico, es un método sistémico. Se interpretará los textos legales en razón a su contenido.

### **4. OBJETIVOS**

#### **4.1. Objetivo General**

- Determinar si, dentro del ordenamiento jurídico boliviano y de acuerdo a las reglas que hoy en día regulan la permisibilidad y prohibición de los contratos sobre sucesión futura, el contrato de anticipo de legítima es válido.

#### **4.2. Objetivos Específicos**

- Precisar los antecedentes de los contratos sobre sucesión futura en general, su definición y concepto, sus clases, requisitos de formación, efectos y extinción de los mismos, como los fundamentos que sostienen su prohibición o su permisibilidad.
- Determinar la situación jurídica actual de los contratos de sucesión futura, en el derecho comparado.
- Analizar los antecedentes y la situación jurídica actual de los contratos de sucesión futura en la legislación del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Delimitar, de acuerdo a la ley boliviana, en qué casos está permitida la otorgación de contratos sobre sucesión futura y en qué casos está prohibida.
- Precisar la naturaleza jurídica del contrato de anticipo de legítima, así como sus requisitos de formación, efectos y extinción.
- Establecer en qué medida son suficientes y adecuadas las reglas previstas para los contratos civiles en general y para el contrato de donación, con las

## *Capítulo I. Justificación y Fundamentos de la Investigación*

que actualmente, se regulan los requisitos de formación, efectos y extinción del contrato de anticipo de legítima.

- Conclusiones y sugerencias, respecto a un adecuado tratamiento jurídico normativo para los contratos de anticipo de legítima, acorde a su naturaleza jurídica, en la legislación civil del Estado Plurinacional de Bolivia.

### **5. HIPOTESIS**

Las reglas que regulan actualmente, la permisibilidad o prohibición, de los contratos sobre sucesión futura dentro del ordenamiento jurídico boliviano prohíben el otorgamiento o utilización del contrato de anticipo de legítima y, por tanto, es imprescindible proporcionar un tratamiento adecuado al referido instrumento jurídico contractual, conforme a su naturaleza jurídica como contrato sobre sucesión futura y de acuerdo a las instituciones de orden público dentro del sistema jurídico boliviano.

### **6. DELIMITACION DE LA INVESTIGACION**

#### **6.1. Delimitación temática.-**

La investigación corresponde a la disciplina jurídica del derecho contractual, derecho civil en cuanto a contratos civiles, contratos de donación, contratos de sucesión futura, sucesiones mortis causa y contratos de anticipo de legítima.

#### **6.2. Delimitación temporal.-**

El presente trabajo de investigación se realizó durante las gestiones 2015 y 2016.

#### **6.3. Delimitación espacial.-**

La investigación se realizó en la ciudad de La Paz, Bolivia. Sin embargo, el conflicto es de la legislación nacional, por lo que se proyecta a todo el Estado Plurinacional de Bolivia.

## **CAPÍTULO II.**

### **LOS PACTOS SUCESORIOS Y/O CONTRATOS SOBRE SUCESION FUTURA.**

#### **1. ANTECEDENTES HISTORICOS NECESARIOS.**

Los pactos sucesorios, como toda institución jurídica, han tenido un origen y han sufrido una evolución histórica que nos transportan a través del tiempo hasta las tendencias más modernas, hasta los entendimientos más recientes y las actuales concepciones respecto a los pactos sucesorios o contratos sobre sucesión futura.

A decir de PUIG (1954; p. 610), resulta un contrasentido que la institución sucesoria contractual, siendo tan atacada por los escritores del siglo pasado, sea precisamente la que cuenta con una rica y larga tradición en su evolución.

Una breve revisión de estos antecedentes es necesaria a objeto de ubicar, dentro de las vastas tendencias doctrinales, cuál es la posición y entendimiento más aceptado actualmente y, la situación en nuestra legislación, en sentido amplio sobre los pactos sucesorios y en concreto en cuanto al contrato de anticipo de legítima, sobre el que versa nuestro objeto de investigación.

##### **1.1. Precedentes en el Derecho Romano.**

Muchos autores (GARCÍA, 1902; CASTILLEJO y DUARTE, 1902; HERNANDEZ, s/f; AHRENS, 1945; FADDA, 1949; PEÑA, 1962) afirman uniformemente, que, como regla general, en el derecho romano los pactos sucesorios eran prácticamente incomprensidos y en su caso estaban absolutamente prohibidos. Sin embargo, no hay que olvidar que la necesaria evolución del derecho romano dio lugar a transformaciones en casi todas sus figuras jurídicas, dentro los que se hallan también comprendidos los pactos sucesorios. Inicialmente, en términos amplios por una Constitución de Constantino del año 327, quedo establecida la prohibición de toda clase de convenios sobre la herencia de un tercero vivo y, posteriormente, dicha prohibición fue visiblemente atenuada mediante la Constitución de Justiniano de 531 que solo invalidaba el pacto si el mismo había sido celebrado sin el consentimiento de la persona sobre cuya sucesión se trataba.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

Respecto a los numerosos textos prohibitivos del derecho romano, MAFFIA (1981, pag. 24) ha intentado una clasificación dividiéndolos en tres grupos: **1)** Los que anulan las convenciones celebradas respecto a la sucesión de terceros. **2)** Los que prohíben las convenciones mediante las cuales una persona instituye a otra como heredera, aun si se celebra por contrato de matrimonio y **3)** Los que prohíben renunciar a una sucesión no abierta, o pactos que contengan renuncia al derecho de intentar la *querella inofficiosi testamenti* luego del fallecimiento del testador, o de reclamar la *cuarta falcidia*.

En contrapartida, se reconoció otros muchos textos que autorizaron, directa o indirectamente, los pactos sucesorios. GUSTAVINO (1968, pag. 167) cita los siguientes casos: **a)** La *ley Licet* (de Diocleciano y Maximiliano) que permitió la institución contractual de herederos, inclusive mutua, para militares que parten a un combate. **b)** La *divisio parentum inter liberos*, que no exigía más formalidad que la redacción por escrito y la firma del ascendiente y de los hijos. **c)** La *donatio omnium bonorum* cuyo objeto serían todos los bienes presentes del donante, aunque se ha observado que no constituía una *successio per universitatem*. **d)** La *societas omnium bonorum*, en la cual los socios aportaban a la sociedad todos sus bienes presentes y futuros, incluyendo los que debían adquirir en sucesiones aun no deferidas. No se admitía, en ese entonces, la estipulación que continuasen a la muerte de uno de los socios, sus herederos. **e)** La *novela XIX*, del Emperador León, que permitía la promesa de igualdad en una institución hereditaria, celebrada por padre y los hijos. **f)** El *testamento pero aes et libram*, residiendo su naturaleza contractual, en la transmisión del patrimonio mortis causa en favor de un tercero –denominado *familiae emptor*–, que debía posteriormente transmitirlo a los herederos y demás beneficiarios de la voluntad del causante.

En suma, se vislumbra como noción inicial que una de las proposiciones doctrinales más rotundas y repetidas una y otra vez por los distintos autores, contiene más o menos el siguiente sentido: “*La regla general en el derecho romano era la de la prohibición de los pactos sucesorios en sus diversas formas, aunque admitió varias excepciones a este principio general*” (CERDA, 2007, Pag. 476), sin embargo, nótese que esta proposición no es absoluta ni totalmente cierta.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

En efecto, para una mejor comprensión de lo anterior, precisemos que el sistema sucesorio romano estaba basado en la *institutio heredis* (por testamento), de tal manera que los romanos no conocían como tal los pactos sucesorios, consecuentemente, tampoco existía de forma concreta una regla de prohibición de pactos sobre herencias futuras en general, sino en realidad, hipótesis específicas a casos concretos, bien por un lado prohibitivos o por otro lado permisivos, así lo entiende ROCA (1948, pag. 341).

Es bajo este último entendimiento que, CERDA (2007, p. 483 a 484), respecto a la doctrina moderna (romanista-historica-civilista), en lo más importante concluye:

1° La figura del “pacto sucesorio” es una categoría general de creación moderna. El Derecho Romano no conoce tales pactos porque el sistema sucesorio estaba basado en la “institutio heredis” por testamento. 2° El examen de las fuentes [textos clásicos] ha deparado la constatación de que no hay una prohibición de carácter genérico y abstracto, sino que la casuística se refiere a hipótesis específicas, a casos concretos que se prohíben por una determinada motivación... 4° La continuidad del derecho romano clásico en el periodo oscuro conocido como “derecho romano-vulgar” ofrece una floración de pactos por el deslizamiento hacia la figura de la donación...

Conclusiones a las que nos adherimos en plenitud, no existía en el derecho romano una prohibición de otorgar pactos sucesorios, porque los romanos no conocían como tal esa forma de delación contractual.

### 1.2. Precedentes en el Derecho Germánico.

A diferencia del Derecho Romano, en el derecho de los pueblos germanos se desarrolló y consolidó ampliamente y de forma positiva los pactos sucesorios. Se denominan germanos, a las numerosas tribus que ocupaban las costas del mar Báltico. Según DEKKERS (1957, N° 117), hubo tres sucesivas migraciones de tribus hacia el Mar Mediterráneo, a saber: la de los cimbrios y teutones; la de los burgundios, visigodos, ostrogodos y vándalos; y la de los francos y longobardos.

*Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

Muchos autores (GUASTAVINO, 1968, p. 171; TACITO, 1952, p. 736; LINAZASORO, 1981, p. 47; VILLAFUERTE, 1990, p. 42), concuerdan en afirmar que en el Derecho Germánico desconocían la sucesión ab intestato y testada, lo que dio lugar a un mayor desarrollo de las formas contractuales (voluntarias y bilaterales) de vocación sucesoria.

Previo a los pactos sucesorios como tal, el instituto de la adopción tuvo gran aplicación, considerándose como la primera forma de disposición de bienes por causa de muerte en los pueblos germanos.

LINAZASORO (1981, p. 48) señala que: "...[la] institución contractual tuvo diferentes denominaciones: entre los longobardos se llama *thinx* o *gairethinx*; dentro de los francos se denominó *affattomie* o *adffatomius*,...en todos los casos el mismo contenido de atribución patrimonial por causa de muerte mediante la incorporación del futuro heredero a la familia del instituyente".

Ya con el transcurso del tiempo, pese a la introducción de elementos del Derecho Romano y Canónico al Derecho Germano, prosiguió el perfeccionamiento y desarrollo de los pactos de sucesión futura. Según GUASTAVINO (1968, p. 172), los germanos mantuvieron sus fuentes bilaterales voluntarias creadoras de vocación sucesoria, y a su vez, adoptaron las fuentes unilaterales voluntarias del derecho romano, pero matizándolas con algunas peculiaridades, de ahí los testamentos conjuntos.

Los pactos sucesorios germanos se mencionaban en la Ley Salica (años 508 a 511 d. C.); la ley Rituaria (anterior al año 639 d.C.)<sup>3</sup>; y disposiciones de la Lex Visigot (año 506 d. C.) y de la Lex Burgund (aproximadamente año 500 d. C.).

Por su parte, es trascendental la *laudatio parentum*, remoto antecedente que TROPLONG (1855, p. CXXXVII) explica: "...la intervención en el acto de donación de los hijos del donante que aprobaban la disposición y renunciaban a

---

<sup>3</sup> A propósito, según GARCÍA (1902, p. 92) la *lex Salica* estableció la posibilidad de sucesión contractual, la utilización de un intermediario denominado *Sallmall*, de modo tal que la herencia se transfería en primer término a este, el que a su vez se encargaba de hacer llegar al heredero la herencia. Por su parte, ENNECCERUS (1951, p. 205) explica que la *lex Rituaria*, estipulaba que al mismo tiempo de entrega del adoptado, mediante contrato se le consignen a este sus derechos como sucesor del futuro causante, su padre adoptivo, derechos establecidos según las formas primitivas que se han visto, y que son conocidas como *thinx*, *affattomie*, *gairethinx*, etc.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

impugnarla. El requerir en vida la conformidad de los parientes –*laudatio parentum*- ...constituyo indudablemente un desenvolvimiento natural de la idea de pactar sobre herencias futuras que los pueblos bávaros admitían.”

Entre otras figuras que incidentalmente cumplían funciones de derecho sucesorio, siguiendo a GUASTAVINO (1968, p. 174), se puede individualizar: **1)** “*De hac famiren*” de la Ley Salica, que regula la *affatomia*, que es figura paralela a la figura *longobardo thinx*, aunque con algunas diferencias. **2)** La “*affatomia*”, mediante la cual quienes carecían de herederos legítimos podrían procurárselos recurriendo a un procedimiento especial, intervenía un intermediario llamado *Salmann* que se interponía entre adoptante y adoptado, usualmente en pueblos francos **3)** *El thinx* longobardo, el intermedio es el *Gisel*, de quien se cuestiona si cumplía función de intermediario o únicamente testigo calificado del acto.

Desde el siglo XV en adelante, los germanos sentaron la reglamentación de los pactos sucesorios que se ha conservado en la actualidad. Así tenemos: **1)** Los pactos relativos a la sucesión de un tercero denominados *Erbschaftsvertrage*, y los referidos a la institución de heredero, vinculados a la sucesión propia, llamados *Erbvertrage*. **2)** El pacto de forma testamentaria por el cual dos personas recíprocamente se obligan a dejar a su muerte, la una a la otra o a un tercero, objetos individualmente determinados, y sin derecho de revocación, denominado *Vermachtnissvertrage*. **3)** La renuncia a la herencia futura pactada entre causante y heredero, denominada *Erbverzicht*. **4)** El contrato por el cual con motivo de celebración de nuevo matrimonio, los hijos existentes son colocados en miras a los derechos hereditarios en plano de igualdad a los hijos a nacer de la nueva unión, otorgado por los esposos y los hijos del anterior matrimonio, se llama *Einkindschaft*.

Ya en el Derecho Alemán contemporáneo, se establecieron los tipos básicos de contratos. En primer lugar, se consigna los llamados contratos sucesorios positivos o adquisitivos; en segundo lugar los contratos abdicativos o de renuncia y, los contratos de institución de carga.

### 1.3. Precedentes en el Derecho Francés.

En Francia, de acuerdo a LINAZASORO (1981, p. 62), debemos distinguir entre dos regiones totalmente distintas. La primera, constituida por aquellas

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

regiones en las que predominaba el derecho escrito, que hacia prevalecer el derecho justinianeo (derecho romano post clásico) permitiendo la sucesión testamentaria y *ab intestato* y, a su vez, manteniendo matices prohibitivos respecto a los pactos sobre sucesión futura. La segunda, conformada por regiones en las que predominaba el derecho consuetudinario, cuyas fuentes y bases germanas son las que habían quedado de la época de la invasión de los mismos a territorios antiguos del imperio romano. Acogen favorablemente los pactos sobre sucesión futura.

Sobre esta situación, LINAZASORO (1981, p. 64) expone:

...en el Derecho francés una dicotomía perfectamente clara en lo referido a los pactos sobre sucesión futura; en las regiones de derecho escrito que continúan la tradición romana no se permiten los pactos sobre sucesión futura sino de manera excepcional; de otra parte, en las regiones de derecho consuetudinario, en las que predomina la tradición germánica y las necesidades del sistema feudal, los pactos sobre sucesión futura constituyen la regla general y los testamentos tan solo son usados por vía de excepción para regular las disposiciones de bienes por causa de muerte.

Posteriormente, la revolución francesa produjo el retorno de la supuesta rigidez del derecho romano, la ley de 17 de Nivoso del año II disponía que debía suprimirse los últimos vestigios de la organización feudal, las instituciones contractuales y las renunciaciones que daban lugar a la conservación de privilegios de la primogenitura y de masculinidad, las que a la larga, fueron abolidas totalmente con la finalidad de sentar el fraccionamiento igualitario de la herencia, en virtud a uno de los tres principios (libertad, igualdad, fraternidad) de la revolución, la igualdad (LINAZASORO, 1981, p. 67).

Los redactores del Código Napoleón, ratificaron ese espíritu de la revolución y reafirmaron con insistencia la nulidad de los pactos sobre sucesión futura. Prohíben las renunciaciones anticipadas, por considerarlas inmorales y porque su vigencia podía reconstruir la organización social feudal abolida.

Pese a la marcada oposición respecto a los pactos sucesorios sentada por la revolución francesa, se mantuvieron dos tipos de pactos sobre sucesión

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

futura absolutamente claros, que son: **1)** Las donaciones de bienes futuros y **2)** La promesa de igualdad.<sup>4</sup> Amén de otras figuras que evidentemente tienen gérmenes contractuales.

### 1.4. Precedentes en el Derecho Español.

El derecho castellano representa en España, la continuación de la tradición romana, en cuanto a la prohibición de los pactos sobre sucesión futura aunque con algunas atenuaciones propias de la edad media.

Tal y como sucedió en el Derecho Romano, la *lex romana visigotorum* o *Brevario de Alarico*, no contenían mención general respecto de los pactos sobre sucesión futura, ni permisiva ni prohibitiva. Sin embargo, si son visibles figuras concretas de convenciones sucesorias mortis causa. De acuerdo a LINAZASORO (1981, p. 74), esta parece ser la tónica general de los derechos históricos españoles, estos es, no se preocupan de los pactos sobre sucesión futura, ni para regularlo en forma prohibitiva, ni para reglamentarlos en forma permisiva, siendo frecuentes en su utilización las donaciones *mortis causa* irrevocables.

En las Partidas, el pacto sobre sucesión recíproca se halla prohibido (Libro 3º, Título 11, Partida N° 5), las estipulaciones sobre herencias futuras prohibidas (Libro 1º, Título 2, Partida N° 6), la donación mortis causa eran consideradas revocables y asimiladas a los legados. Las partidas conocen también excepciones –como en el derecho romano– admitiendo la validez de la división del caudal hereditario hecha por el padre entre sus sucesores legítimos, pactos de mutua sucesión entre militares antes de entrar en batalla o similares (Libro 3º, Título 11, Partida N° 15).

---

<sup>4</sup> La donación de bienes futuros, según RIPERT y BOULANGER (1965, p. 298), es aquella que tiene por objeto la totalidad o parte de los bienes que el donante dejara al momento de su muerte, la cual se admitía en dos casos, por contrato de matrimonio (capitulaciones matrimoniales) y entre cónyuges. La transmisión de los bienes no tenía lugar sino hasta el fallecimiento del causante; hasta entonces el que transmite sigue siendo propietario de su caudal y puede disponer de él con entera libertad; diferencia sustancial con la donación francesa, regida por la regla “no se puede donar y retener” (LINAZASORO, 1981, p. 68).

Por su parte, según COLIN y CAPITANT (1975, p. 683) la promesa de igualdad se constituye en el pacto sucesorio por el que el padre de familia promete a su hijo una parte de su patrimonio igual a la de sus otros hijos, o declara renunciar a mejorar a estos en perjuicio de aquel.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

Por su lado, el Fuero Juzgo y el Fuero Real, mantuvieron matices generalmente prohibitivos de las convenciones sucesorias sobre la herencia aun no deferida de una persona.

En suma, el derecho castellano continúa con la tradición romana, prevaleciendo que las herencias se regulen por testamento o la ley, pero manteniendo excepciones no reguladas, casos concretos de pactos sucesorios. La importancia del Derecho castellano radica básicamente en que este pasó a América, y de esta manera, ha llegado a nosotros la regla de prohibición respecto de los pactos sucesorios –*aunque en realidad no es regla sino matiz, porque siempre ha existido excepciones-*, como una extensión fundamental de la tradición romana.

### 1.5. Precedentes en el Derecho Italiano

Según GUASTAVINO (1968, p. 185), en los códigos Albertino, Napolitano, de Parma y en las leyes de las Dos Sicilias, se permitieron algunas manifestaciones de pactos sucesorios en especial los vinculados con las capitulaciones matrimoniales.

Hasta aquí, nuestro estudio abarco los antecedentes y precedentes históricos más importantes por regiones geográficas europeas, sin embargo es importante también tomar en cuenta las conclusiones de la revisión histórica temporal del siglo IV al XIX, realizada por CERDA (2007, p. 502 a 504), que resume dicho periodo temporal en los siguientes puntos:

“1° La proposición jurídica contenida en el aforismo o proverbio jurídico “*viventis non datur hereditas*” no es posible encontrarla en ningún texto, pasaje o fragmento del Derecho Romano.

2° En la enumeración de los pactos sucesorios usualmente por la doctrina aparecen algunos dotados de una especial relevancia, que he señalado, en su caso. La referencia en orden a la eficacia e ineficacia en el Derecho Romano permite abundar en la reflexión inicial: en algunos supuestos de pactos se admite su validez, mientras que en otros se dice que “no valen”, “nullum”, etc; lo que no existe es una prohibición o regla genérica prohibitiva de tales pactos.

...4° La formulación de la regla o proverbio jurídico “*viventis non datur hereditas*” parece haber sido efectuada en el denominado “Derecho Intermedio”- en concreto, la encontramos por vez primera en textos de CIRIACO y TORRE- y producida

*Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

como una generalización de algunos supuestos procedentes de soluciones dictadas por los juristas romanos. Es algo más usado el proverbio similar “viventes nulla est hereditas” en otros autores [G. ALVAREZ DE VELAZCO, los mismos CIRIACO Y TORRE, A. DE OLEA, D. ANTUNEZ DE PORTUGAL]

...6° Como consecuencia, aparece demostrado –ya desde E. BUSSI- que la evolución de los dogmas jurídicos no es ni simple ni lineal, sino más bien tortuosa y complicada”

## **2. TEORIA DE LOS ACTOS MORTIS CAUSA.**

Si bien –*como hemos visto*- a lo largo de la historia siempre han existido figuras jurídicas que tenían íntima relación con la muerte del otorgante o su sucesión, no todos ellos constituyen pactos sobre sucesión futura. Por ello, se hace necesario precisar algunas nociones sobre la teoría de los *actos mortis causa* y su distinción con otras figuras jurídicas parecidas o incluso similares, mas no iguales.

En ese sentido, es importante partir de la siguiente premisa proporcionada por GUASTAVINO (1968, p. 39): “Los actos mortis causa comprenden como una especie las disposiciones de última voluntad; pero pueden existir disposiciones por causa de muerte que no sean actos de última voluntad”; de tal manera que, los actos *mortis causa* son el género, los actos de última voluntad la especie.

El testamento es el acto de última voluntad por excelencia. Los contratos sobre sucesión futura son actos por causa de muerte (*mortis causa*), mas no son actos de última voluntad.

Es importante considerar que los actos *mortis causa* no se contraponen con los actos *inter vivos*. BETTI (2000, p. 229) sostiene que: “el acto jurídico *inter vivos* es aquel cuya función económica social responde a la práctica de la vida en sus variadas formas y está destinado a actuar en ella, sin atender a la muerte de su autor; por el contrario el acto *mortis causa* se realizaría “*contemplatio mortis*”, teniendo en cuenta el fin de la existencia.” Es decir que, un mismo acto jurídico, en algunas oportunidades, podría ser calificado en ambas categorías. Esto debido a que la base o los supuestos para distinguir actos *inter vivos* y *mortis causa*, no es idéntica.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

Los actos *inter vivos* se fijan desde el punto de vista funcional-subjetivo, lo que significa que la “causa” es un aspecto irrelevante pues la calificación queda referida al plano de los sujetos y al modo de ser los efectos del acto con relación a ellos, es decir, observando si el acto o negocio jurídico ha sido otorgado por personas vivientes y por producirse sus efectos, o al menos algunos de ellos, desde antes del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emana; mientras que los actos *mortis causa* se perfilan desde el punto de vista objetivo-funcional, correspondiente a la noción de “causa” que los caracteriza, el objeto de la atribución ha sido computado como entidad medida en todos sus elementos al tiempo de la muerte, se distinguen por el hecho de que el deceso no es entendido como punto de referencia de los efectos, o de alguno de los efectos, sino como punto de origen y de individualización de la situación regulada.

En el mismo sentido, según GIAMPICCOLO (1954, p. 40, 46, 52 y 54), para los actos *mortis causa* el evento de la muerte constituye un presupuesto esencial del efecto y no solo un simple momento cronológico inicial de eficacia; la muerte más que significar una condición que suspende los efectos del negocio, los determina.

La oposición reside en cambio, necesariamente entre los actos *inter vivos* y los de última voluntad. El acto de última voluntad no es un acto *inter vivos* porque no tiene por objetivo crear relaciones jurídicas entre el disponente y los terceros, toda vez que el disponente no existirá ya como persona al tiempo en que el testamento empiece a producir sus efectos. Por su parte, el acto *inter vivos* necesariamente crea o modifica relaciones jurídicas entre su autor, y terceros. Aunque el testamento si podría crear o modificar relaciones jurídicas entre los herederos del testador y terceros, nunca respecto al testador.

Retomando los conceptos y características de actos *mortis causa*, RIPERT Y BOULANGER (1965, N° 1493) señalan que:

“Lo que distingue al acto *mortis causa* no es tanto el hecho de que la muerte de su autor sea elevada al nivel de elemento esencial, sino el hecho de que tal deceso no es entendido como punto de referencia de los efectos, o de alguno de los efectos, sino como punto de origen y de individualización de la situación misma regulada. El evento de la muerte constituye un presupuesto esencial del efecto y no solo un simple momento cronológico inicial de eficacia; la muerte más que

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

significar una condición que suspende los efectos del negocio, los terminara; y ello, sin efectos retroactivos”

Bajo ese entendimiento, debemos diferenciar que no es lo mismo un acto *mortis causa* que los actos *in diem mortis dilati*, que corresponde a los actos inter vivos. De acuerdo a GUASTAVINO (1968, p. 43), en los actos *mortis causa* el evento de la muerte es el punto de origen y de individualización de la situación misma regulada, mientras no acontezca ese evento, no existe un derecho condicional a favor del futuro beneficiario, cuanto más existe un derecho eventual. Por el contrario, en los actos *inter vivos in diem mortis dilati* el evento de la muerte sirve como punto de referencia de los efectos y el deceso constituye el momento cronológico inicial de eficacia del negocio jurídico.<sup>5</sup>

No es lo mismo pacto sucesorio que promesa *post mortem* (o *actos in diem mortis dilati*). En las legislaciones que mantienen la orientación romanista, los pactos sobre herencias futuras por lo general están prohibidos, en cambio, las promesas *post mortem* son lícitas; Los pactos sobre herencias futuras atribuyen derechos eventuales, las promesas *post mortem* confieren derechos sometidos a modalidades de plazo o condición; Tratándose de pactos sobre herencias futuras, pertenecientes a la categoría de actos *mortis causa*, el evento de la muerte una vez ocurrido no tiene efectos retroactivos, a diferencia de las promesas *post mortem*, en las que los efectos pueden ser retroactivos; El derecho eventual acordado por los pactos sobre herencias futuras, mientras no ocurra el evento de la muerte, no tiene relevante tutela jurídica. Por su parte, el derecho modal otorgado por las *promesas post mortem* tiene protección inmediata con acciones conservatorias, prescindiendo de que se haya producido el deceso o no.

---

<sup>5</sup> Al respecto MESSINEO (1971, p. 35.) aclara que en los negocios *mortis causa*, la muerte no es el momento (o solamente el momento) en que el negocio adquiere efecto; es, por el contrario, el evento en virtud del cual se produce el efecto y sin el cual no se produce. Por consiguiente, no porque en un negocio se haga referencia a la muerte de una persona como determinante de un cierto efecto, se lo debe adscribir, sin más, al grupo de los negocios por causa de muerte; Por ejemplo, el seguro sobre la vida de una persona es negocio entre vivos, aunque el mismo produzca efectos como consecuencia de la muerte del asegurado; la revocación del testamento mediante acto autorizado por notario es, igualmente, negocio entre vivos.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

Los actos *mortis causa* pueden dividirse en dos grandes grupos: **1) Unilaterales** y **2) Bilaterales**. La unilateralidad es un carácter que sigue a los actos de última voluntad (testamento), salvo los sistemas que admiten testamentos conjuntos, como germánico. Por otra parte, bilaterales son los actos *mortis causa* contractuales, pactos o contratos sobre herencia futura.

De todo lo anterior, no cabe duda que los pactos o contratos sobre herencias futuras son, al mismo tiempo, actos *inter vivos* y *mortis causa*. Son actos *inter vivos* por cuanto, celebrados por dos o más personas vivientes, crean una relación inter subjetiva que une correlativa e inmediatamente a las partes, confieren desde su otorgamiento derechos irrevocables, aunque eventuales, sin dependencia de la muerte de una de las partes. El comienzo de su eficacia respecto algunos derechos no depende estrictamente del deceso del autor del acto; Por su parte, son actos *mortis causa*, porque el deceso, es el punto de origen y de individualización de la situación regulada.

### **3. CONCEPTO Y DEFINICION DEL CONTRATO DE SUCESION FUTURA.**

Bien, revisados los antecedentes y algunas distinciones, es indispensable intentar un concepto, noción o definición de los contratos sobre sucesión futura, que nos aproxime a su entendimiento. Procuraremos que nuestras aproximaciones conceptuales deban posteriormente confrontarse con los alcances previstos por nuestro código civil vigente de 1976.

Como es de suponerse, el concepto, la noción o la definición dependerán mucho del enfoque o tratamiento legal de la sucesión *mortis causa*, de las formas de delación sucesoria admitidas y adoptadas por cada una de las distintas legislaciones analizadas.

Inicialmente y, con el propósito de posteriormente revisar algunos conceptos, debe considerarse fundamentalmente la exposición del concepto de ROCA (1948, p. 355), advirtiendo que existen dos marcadas tendencias.

La primera corriente, considera esencial que el pacto sucesorio contenga disposición o transferencia de derechos de una de las partes del contrato, o que importe una limitación del poder de disposición por causa de muerte.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

Esta tendencia es restringida y confunde los conceptos de pacto sucesorio y sucesión contractual.

La segunda corriente, indica que no es imprescindible que el pacto sucesorio contenga una disposición de bienes en sentido estricto o que importe una limitación del poder de disposición por causa de muerte. Para la existencia de pacto sucesorio es suficiente que el objeto del contrato sea una herencia futura o parte de ella, incluso únicamente un derecho particular perteneciente a esa herencia futura. El contenido del contrato-facultades, derechos y deberes estipulados-pueden o no concernir una disposición de derechos. Basta que la convención importe una modificación o una especificación de las reglas sucesorias establecidas supletoriamente por ley.

En virtud a ello, tenemos una tendencia amplia y otra restringida. La tendencia amplia es la que ha sido mayormente acogida en la doctrina, por considerarse mucho más precisa.

Claramente se distingue pacto sucesorio o contrato sobre sucesión futura y sucesión contractual. Apoyándonos en GUASTAVINO (1968, p. 30 y 31), la expresión pactos sucesorios (o contrato sobre sucesión futura) no refleja necesariamente una fuente voluntaria bilateral de la vocación sucesoria, ya que por su amplitud podría comprender la designación de contratos sobre sucesiones ya deferidas cuya vocación responde a fuentes legales o testamentarias, versando el contenido contractual a todo cuanto confiere la transmisión hereditaria, incluso a la organización o división de la herencia. Por su parte, “sucesión contractual” corresponde exclusivamente a una sola clase de contratación sucesoria: la institución contractual de herederos o la atribución contractual de legados, es decir, exclusivamente fuente de vocación sucesoria.

Siguiendo a GUASTAVINO (1968, p. 74), los pactos sucesorios o contratos sobre sucesión futura no dan lugar estrictamente a la creación de vocación sucesoria, ya que las partes pueden estipular también reglas sobre la organización de la herencia futura que no importe una institución de heredero, legatario o delimitación de su capacidad de transmitir bienes por sucesión *mortis causa*. En cambio, la sucesión contractual necesariamente implica institución de heredero o atribución de legado, limitando el futuro causante su potestad de transmitir bienes hereditariamente.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

Bajo ese entendimiento, debemos afirmar que el género es pacto sucesorio, la especie es sucesión contractual. Pacto sucesorio o contrato sobre sucesión futura importa a todo acuerdo referido a la transmisión *mortis causa* y a la organización o división de la sucesión, mientras que la sucesión contractual concierne exclusivamente a una sola especie de contratación sucesoria, la institución contractual de herederos o atribución de legados.

### 3.1. Definición.- Por definición, revisemos las siguientes:

SECO (1969, p. 162) define a los pactos sucesorios como los compromisos jurídicos que recaen objetivamente sobre el patrimonio hereditario de una persona viva, la que podrá ser parte contratando con personas ligadas por los vínculos de sangre o un tercero ajeno a la familia.

Por otra parte, algunos autores (REVORA, 1952, p. &44; ROGUIN, 1908, p. N° 13) definen al contrato sobre sucesión futura como la convención por la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo con otros interesados, o estos, estipulando por sí, en vida del causante, transfieren o abdican sus derechos.

COLIN y CAPITANT (1949, p.393) definen al contrato de sucesión futura, como una convención por la cual una persona promete a otra toda una herencia, una cuota parte de ella o bien un objeto determinado, definición restringida a la institución o designación de legatario.

Diferente postulan RIPERT y BOULANGER (1965, p. 23): “constituye un pacto sobre sucesión todo convenio efectuado en consideración de una sucesión no abierta y por el cual una de las partes hace atribuir o abdica derechos puramente eventuales en esa sucesión”. Definitivamente, una postura más amplia a la anterior.

Finalmente, en el ámbito jurídico boliviano, VILLAFUERTE, (1990, p. 15) a tiempo de expresar que no existe una definición legal en el Código Civil de 1976 ensaya una definición: “limitándonos solamente a la idea que se infiere del art. 1005 de nuestro Código, definimos el contrato sucesorio como el acuerdo de voluntades por el cual una persona se obliga a transmitir a otra, a su fallecimiento, parte de su patrimonio o la totalidad de este, según tenga o no herederos forzosos, instituyéndolo su heredero o legatario”. Al respecto, debemos admitir que

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

evidentemente nuestro Código Civil vigente de 1976 no contiene una aproximación de concepto o definición.

Sin embargo, lo anterior se justifica en razón a que, como bien fundamenta ROMERO (1976, p. 20): "...un código no debe contener definiciones, salvo comprobada e inexcusable necesidad...porque toda definición, además de peligrosa, carece generalmente de normatividad, ya que un código no es un texto doctrinal o de enseñanza, donde si caben y son necesarias, sino un conjunto de normas agrupadas en forma orgánica y sistemática..."

### 3.2. Concepto.- Con las exposiciones anteriores, conceptualicemos:

GUASTAVINO (1968, p. 76) ha concluido que pacto sucesorio es el contrato cuyo objeto es el todo o la parte de una herencia futura, y cuyo contenido concierne a su organización o a un aspecto de esa organización por referir a disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales o por referir a reglas de distribución de la herencia o a otras cuestiones sucesorias.

Por su parte, siguiendo la tendencia francesa de utilizar indistintamente el termino de pacto sucesorio y/o sucesión contractual *–pese a que líneas más arriba precisamos una tendencia amplia al respecto–* POTHIER (1821, p. 78) conceptualiza a estos contratos como:

“convenciones que tengan relación con las sucesiones futuras, ya sea por aquella en que una persona tratara o disponga de su propia sucesión futura respecto a otra persona a quien el promete dejársela aun en el caso que esta convención se haga por contrato de matrimonio, ya sea de aquellas en que las partes trataran la sucesión de un tercero que las dichas partes o una de ellas esperan recoger”

De todas las nociones estudiadas, por nuestra parte, entendemos al pacto sucesorio o contrato sobre sucesión futura como aquel pacto contractual, mediante el cual el futuro causante, compromete en favor de otra persona llamada futuro heredero, derechos eventuales, de carácter institutivos, renunciativos, dispositivos o simplemente distributivos, que recaen sobre una sucesión no abierta, para que sean ejecutados una vez abierta la sucesión.

## *Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

**3.3. Requisitos de existencia de los pactos sucesorios.-** Para la existencia de pactos sucesorios, se requiere la concurrencia de las siguientes condiciones:

**a)** Que se celebren en previsión de una sucesión todavía no abierta. **b)** El objeto del contrato forme parte de esa sucesión, o que el pacto refiera a la universalidad o a una fracción alícuota de la misma. **c)** El contrato se realice en virtud de un derecho hereditario y no a título de crédito y otra clase, es decir que las cosas o derechos objeto del contrato deben ser consideradas como objetos hereditarios futuros, y quienes contratan deben actuar como causante o como heredero con derecho eventual.

## **4. CLASES DE CONTRATOS SUCESION FUTURA.**

### **4.1. Clasificación de los contratos de sucesión futura.**

La clasificación de los contratos de sucesión futura dependerá de la óptica con la que se analice a estos negocios jurídicos contractuales. Para ello, siguiendo a GUASTAVINO (1968, p. 95), realizaremos un breve repaso de la estructura clasificatoria que nos proporciona este ilustre autor, que más adelante tendrá incluso mayor utilidad en nuestra investigación para situar con precisión a los “contratos de anticipo de legítima” dentro de las variadas clases de contratos de sucesión futura.

Dicho ello, se ha ensayado la siguiente clasificación:

**a) Según la extensión del objeto.-** De acuerdo a esta clasificación los contratos sucesorios pueden ser máximos, intermedio o mínimos.

Para una mejor comprensión, en este caso el objeto del contrato no es entendido como “la operación jurídica” contenida en el contrato, sino más propiamente se refiere al objeto cosa, es decir los bienes o el bien, material o inmaterial, universal o individual, sobre el que recaerán los efectos de dicho contrato.

De esa manera, la extensión del contrato varía según concierna a la universalidad de la herencia futura, a una parte alícuota de ella o a objetos particulares comprendidos en la misma.

Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

- b) **Según el modo de celebración.-** Referidos concretamente a la manera de concluirse los contratos de sucesión futura. Pueden ser directos o indirectos. Los primeros abarca aquellos que surgen explícita e inmediatamente de los términos del contrato. Los segundos, son implícitos y mediatos, requieren una omisión de determinada conducta por alguna de las partes contractuales.
- c) **Según los sujetos.-** En esta categoría, dependiendo si el futuro causante es parte de la convención o no, existe una subdivisión: Los contratos sobre una sucesión propia futura y los contratos sobre una sucesión ajena futura.

Lo anterior no necesita mayor explicación. Sin embargo, se debe considerar que entre una y otra subclase, existe una situación intermedia. Esto sucede cuando en los contratos sobre sucesión ajena futura, el futuro causante interviene como tercero, ya sea en el mismo contrato o en otro acto formal distinto, dando su asentimiento con el mismo.<sup>6</sup>

- d) **Según su contenido.-** El contenido de los pactos sucesorios refiere al conjunto de potestades, facultades, derechos y deberes que las partes se otorgan con relación a la herencia futura. Así tenemos, los siguientes:

1) **Institutivos.-** Denominados también pactos de *in succedendo*, son aquellos mediante los cuales el futuro causante conviene con la otra parte (futuro heredero) en designar a esta o a un tercero, como heredero o legatario. La institución puede ser recíproca. En cualquier caso, estos contratos están inmersos dentro de la categoría de pactos sobre sucesión propia.

2) **Renunciativos.-** Llamados también pactos de *non succedendo*. Tienen como principal interviniente contractual al sucesible o

---

<sup>6</sup> El asentimiento del futuro causante en un pacto sobre herencia ajena futura ha tenido diferentes entendimientos. Por un lado, en el Derecho Romano en la Constitución de Justiniano del año 531 los pactos sobre sucesión futura de tercero (o ajena, o denominados como *pacta de hereditate tertii*) eran válidos si había el asentimiento del este tercero. Esta solución fue seguida por el antiguo derecho español. Por otro lado, en el derecho francés y el argentino, el contrato sucesorio sobre herencia ajena, es nulo aun cuando el tercero futuro causante diera su consentimiento.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

potencial futuro heredero, quien abdica de su derecho eventual a la herencia mediante contrato, pero sin cederlo a una persona determinada. En caso de ceder expresamente a otra persona dicho derecho eventual, estaríamos frente a un pacto sobre herencia ajena futura, de carácter dispositivo, que analizaremos a continuación.

Indirectamente pueden considerarse también como contratos institutivos, porque podrían beneficiar a otros sucesibles.

**3) Dispositivos.-** Son aquellos contratos por los cuales el sucesible cede su expectativa hereditaria (derecho eventual) en la sucesión no abierta de otra persona, o respecto a un objeto concreto comprendido en la misma. Son pacto sobre herencia ajena futura o pacto de *hereditate tertii*.

**4) Distributivos.-** Este último subtipo, tiene lugar si dejamos de lado la tesis que considera imprescindible que los pactos sucesorios deban contener una disposición de bienes.

Son aquellos que tienen íntima relación con la división y/o partición de la herencia, realizada en vida por el causante por sí mismo, o encomendando dicha labor a otra persona.

Puede comprenderse en esta clase de división contractual la totalidad o universalidad del caudal hereditario, en cuyo caso debe comprenderse a todos los potenciales herederos futuros; si se tratase de bienes determinados e individualizados asignados a alguno o algunos de los futuros herederos, no existe necesidad que intervengan todos los futuros herederos.

Respecto a esta clasificación por el contenido de los contratos, debe indicarse que el derecho francés los prohíbe, al menos en sus formas más conocidas y aceptadas de institutivos, renunciativos y dispositivos. En cambio en la doctrina alemana, los pactos sucesorios se reducen a los institutivos, recibiendo tratamiento y análisis separado los pactos renunciativos y dispositivos.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

### 4.2. Características de los contratos de sucesión futura.

Los contratos de sucesión futura, al igual que cualquier otro contrato, tienen por objeto crear (constituir), modificar o extinguir una o varias relaciones jurídicas. Sin embargo, a diferencia de los contratos en general, como bien señala SPOTA (1974, p. 70) los contratos de sucesión futura poseen sus propias peculiaridades, en especial, en la exigencia de los requisitos de formación y los efectos que han de producirse, *inter vivos* y *mortis causa*.

Sus características más importantes, *-que nos permitirán tipificarlos parcialmente o de alguna manera dentro de los actos jurídicos en general-*, son las siguientes:

a) **Son actos jurídicos bilaterales.**- En razón a que en estos actos jurídicos contractuales no bastan ni es suficiente la voluntad del otorgante (en la institución, disposición y distribución, menos en la renuncia que tiene como parte otorgante al futuro heredero) sino que además requieren la aceptación del futuro heredero. Por otro lado, si bien normalmente el otorgante es el único que se obliga contractualmente, también pueden obligarse y quedar reatadas a cumplir una contraprestación.

GUASTAVINO (1968, p. 100), expresa: "Nada impide que los negocios por causa de muerte sean bilaterales desde el punto de vista de ontología jurídica.". Ratificando el carácter bilateral de dichos actos jurídicos contractuales.

A la característica de bilateralidad, se contraponen fuertemente en la doctrina alemana, ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF (1951, p. N° VII) indican que los contratos sobre sucesión futura son negocios unilaterales, aun cuando el instituido contraiga una obligación. De acuerdo a los citados autores, no es aceptable se apliquen los principios del contrato bilateral, porque entienden que la causa jurídica de la atribución es la muerte y no la prestación prometida. En realidad, la doctrina alemana, sostiene que los pactos sucesorios tienen todas las cualidades del testamento, diferenciándose únicamente en que el pacto sucesorio es irrevocable mientras el acto de última voluntad es revocable.

Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

- b) **Son *inter vivos* y *mortis causa*.**- Como se ha indicado líneas arriba, los contratos sobre herencias futuras son actos *inter vivos* y *mortis causa* a la vez.

Son actos *inter vivos* por cuanto, son celebrados por dos o más personas vivientes, crean una relación inter subjetiva que une correlativa e inmediatamente a las partes, confiriendo derechos irrevocables (y eventuales) desde su otorgamiento, sin dependencia de la muerte de una de las partes. El comienzo de su eficacia no depende estrictamente del deceso del autor del acto. En suma, cumple los requisitos del perfil subjetivo de los actos *inter vivos*.

No son actos de última voluntad porque la eficacia no depende del fallecimiento de una de las partes.

Son actos *mortis causa*, pues el derecho atribuido, eventual, se transforma en pleno y definitivo con la apertura de la sucesión. El objeto ya concreto de la atribución, (su existencia, consistencia, modo de ser o determinación exacta al tiempo de la muerte de la persona que hace la atribución) se realiza *contemplatio mortis*. Reúne los requisitos del perfil funcional-objetivo de los actos *mortis causa*.

- c) **Son gratuitos u onerosos.**- Esta característica es alternativa, los contratos sucesorios pueden ser gratuitos u onerosos según la atribución del derecho sucesorio eventual se efectuó en consideración a una contraprestación, (ENNECERUS, KIPP Y WOLFF, 1951, p. N° 30 ap. VII).

Sin embargo, aun existiendo contraprestación, se debe analizar si la misma tiene o no carácter económico, ya que puede residir en otros aspectos personales como en el compromiso de habitar juntos, trabajar en una finca, etc.

- d) **Son irrevocables.**- Por regla general, los actos bilaterales, no pueden ser libremente revocados por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes. Esta regla alcanza a los contratos de sucesión futura, por su carácter de bilateralidad. Esta característica diferencia a los contratos sobre sucesión futura de los testamentos.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

De acuerdo a PUIG (1954, p. 88 y 602), “La revocabilidad de los actos de última voluntad se funda en la necesidad de asegurar que el testamento signifique en realidad la voluntad final del testador, pero ello no es necesario en los pactos sucesorios donde la voluntad de cada parte resulta limitada por el consentimiento dado el acto bilateral”. Esta regla, halla excepción si es que se ha pactado expresamente.

- e) **Son limitados o restringidos por la ley (en protección de la legítima).**- En todas las legislaciones que las admiten, de forma general o a título de excepción, los contratos sobre sucesión futura deben observar y respetar las reglas que protegen el sistema legal sucesorio (respecto a la protección de la legítima). Su transgresión, vulneración o simple afectación da lugar a la impugnación del acto, por inoficiosidad, mediante acciones de reducción, simulación, colación.

En otras legislaciones, existe también el reconocimiento de onerosidad de transmisiones del causante.

- f) **Son solemnes.**- Para su validez y eficacia, el cumplimiento de solemnidades *–ad solemnitatem–* se hace ineludible, porque el contenido de estos contratos refieren al derecho de sucesiones y este se rige por normas de orden público.

Las solemnidades en el derecho sucesorio tienden a garantizar el patrimonio, que al fallecimiento de su titular ha de distribuirse en el grupo familiar, o de terceros, de acuerdo regulan las reglas que la ley prevé, ya se trate de declaración testamentaria, intestata o contractual.

Ningún código deja que el contrato sucesorio sea elaborado en documento privado; por el contrario, el código alemán por ejemplo, exige que el contrato sucesorio deba otorgarse ante juez o notario, con presencia simultánea de ambas partes, quedando prohibida la representación convencional. El código suizo dispone que el pacto sucesorio solo es válido cuando ha sido otorgado en la forma de testamento por acto público. La voluntad de contratar debe ser declarada ante el oficial público y luego firmar ante el en presencia de testigos.

## *Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

LINAZORO (1981, p. 159), al respecto indica, no sería normal que en esta materia se dejase al libre arbitrio de los contratantes la conclusión de pactos sobre sucesión futura, máxime si los mismo inspiran recelos en cuanto a la inmoralidad que puedan llevar insertos.

En nuestra legislación, el Código Civil de 1976 respecto a la formalidad de los pactos sucesorios no prevé ninguna regla.

### **5. REQUISITOS DE FORMACION, EFECTOS Y EXTINCION DE CONTRATOS DE SUCESION FUTURA.**

Mediante los contratos de sucesión futura es posible conferir derechos irrevocables respecto a una sucesión no abierta, es obvio que para otorgarlos debe cumplirse rigurosamente con esos requisitos que tienen por finalidad, por un lado proteger la voluntad del causante y por otro, el respeto y no vulneración del sistema legal de sucesiones.

Si para hacer un testamento la ley ha previsto un conjunto de normas de orden público, de aplicación obligatoria que procuran el respeto de la sucesión legal, con mayor razón debe hacerlo con relación a los contratos sobre sucesión futura.

Normalmente los códigos que acogen el sistema de la sucesión contractual mortis causa, hacen especial énfasis en exigir requisitos de: capacidad y solemnidades, que resultan de las reglas especiales y propias de la naturaleza de los contratos mortis causa. Por su parte, otros requisitos o formalidades, pueden de alguna manera extraerse de las reglas de contratos en general, por la forma contractual que adoptan los pactos sucesorios.

Así tenemos:

#### **5.1. Requisitos de formación.-**

##### **a) Consentimiento de los sujetos contratantes.-**

El consentimiento es el acuerdo e integración de las declaraciones o comportamientos del oferente y aceptante, producto de la cesión recíproca de pretensiones y consiguiente composición de intereses opuestos que constituye la voluntad común (KAUNE, 2011, p. 91). Es el requisito esencial que da lugar a la formación del contrato y sin el cual no habría nacido nunca. Aquí, es aplicable la regla general de todo contrato civil (Art. 450 del C.

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

Civil) que estatuye: “Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre si una relación jurídica”, aunque más propiamente, se requiere la intervención de dos o más partes contractuales, no de personas.<sup>7</sup>

Así, para los contratos sobre sucesión futura, será necesario el consentimiento de una de las partes llamada “futuro causante” y de otra parte llamada “futuro heredero”.

### b) Capacidad.-

La capacidad para otorgar un contrato de sucesión futura no es la misma que se requiere para hacer un testamento, menos para realizar un contrato ordinario inter vivos.

Los códigos que admiten los contratos sobre sucesión futura como el código alemán (Art. 2275 del Código Alemán y art. 468 del Código Suizo), exigen plena capacidad de obrar, ser mayor de edad. En esas legislaciones, para otorgar testamento o contrato inter vivos, las exigencias respecto a la capacidad son menores, la edad exigida es menor.

### c) Objeto.-

El concepto de “objeto del contrato” posee diferentes acepciones<sup>8</sup>, de acuerdo a los MAZEUD (1969, p. 267), tenemos el objeto como: “la operación

---

<sup>7</sup> Sobre ello, KAUNE (2011, 45), argumenta:

*“Nuestro C. C. en su Art. 450, al tratar de dar una noción de contrato, reiteramos, cae en un error y una omisión al sostener que: “hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre si una relación jurídica”. Al respecto, consideramos que el legislador no debió referirse al acuerdo de dos o más personas, sino a dos o más partes, toda vez que el acuerdo de dos o más personas, puede solo constituir el núcleo de intereses de una sola de las partes y no d las dos y consiguientemente al faltar la otra parte no surgiría su integración y el consiguiente consentimiento que es el elemento esencial de la contratación...”*

<sup>8</sup> Según la doctrina francesa postulada por PLANIOL y RIPERT (KAUNE, 2011, p. 155): “El contrato no tiene objeto, sino efectos que son las obligaciones que genera, mientras que el objeto de la obligación es la prestación debida...”, de ahí que, algunos autores sostienen que por una elipsis el objeto del contrato resultaría ser la prestación debida.

Por su parte, los MAZEUD (1969, p. 267) postulan que el contrato tiene por objeto la operación jurídica que las partes pretenden realizar. Esa operación se distingue de las prestaciones prometidas que son el objeto de las obligaciones, resultando que la prestación prometida o

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

jurídica que las partes pretenden realizar. Esa operación se distingue de las prestaciones prometidas que son el objeto de las obligaciones”. Por otra parte, tenemos el objeto como la cosa (bien, material o inmaterial) sobre el que recaen las obligaciones y los efectos que surgen del contrato. Incluso, en la doctrina francesa, el objeto del contrato es entendido también como la prestación debida.

Son requisitos generales del objeto del contrato: **1)** tener un objeto posible, **2)** lícito y **3)** determinado o determinable. (Art. 485 del Cod. Civil). Dependiendo de qué clase de prestaciones contenga el contrato, existen requisitos específicos del objeto.

Tratándose de contratos sobre sucesión futura, el objeto operación jurídica radica en la transferencia, abdicación, disposición o distribución sobre una herencia futura. El objeto cosa, es siempre una herencia futura o parte de ella, incluso únicamente un derecho particular perteneciente a esa herencia futura.

Finalmente el objeto como prestación debida, dependerá de qué clase de contrato sobre sucesión futura se trate. En los contratos institutivos, dispositivos y distributivos consistirá en una prestación de dar, en los renunciativos será una prestación de hacer pero indirectamente una de dar porque beneficiara a otros herederos.

---

debida consiste en un dar, un hacer o un no hacer. De ahí que, el objeto del contrato es regular los intereses patrimoniales de los contratantes: al crear, modificar o extinguir, entre ellos, relaciones y situaciones jurídicas patrimoniales, consistente en prestaciones de dar, hacer o no hacer, que conlleva el cambio de una situación jurídica preexistentes por una nueva (KAUNE, 2011, p. 154). Al respecto, BETTI (1959, p. 209) aclara sobre el objeto cosa del contrato, lo siguiente: *“...parece preferible hablar de intereses mejor que de bienes porque también cuando el objeto del negocio sean cosas (bienes materiales) estas no son consideradas por sí, abstractamente, sino siempre referidas a los sujetos, y vienen estimadas atendiendo a la aptitud para satisfacer necesidades de la vida...”*.

KAUNE (2011, 157), sistematiza los siguientes requisitos especiales del objeto: Para las prestaciones de dar: a) Que el objeto exista. b) La cosa debe ser determinada o determinable. c) el objeto debe estar en el comercio humano. d) La persona que transmite debe ser su titular. Para las prestaciones de hacer y no hacer: 1) Debe ser posible jurídica y materialmente. 2) Debe ser lícita. 3) Debe ser personal al deudor. 4) Debe existir un interés. 5) Debe ser determinado o determinable.

*Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

**d) Causa.-**

Pese a las fuertes discusiones de la existencia o inexistencia de la causa, se reconoce a la “causa de la obligación (en la doctrina francesa) o causa del negocio jurídico (en la doctrina italiana)”, que es la función técnica-objetiva, que pone en movimiento el negocio jurídico y establece la relación conmutativa, para alcanzar fines prácticos económico, típicos, directos, abstractos, constantes, inmutables e impersonales, rigurosamente idénticos en todos los negocios que pertenecen a la misma categoría y que fatalmente persiguen las partes al contratar.

Por su parte, el “móvil o motivo del negocio” (en la doctrina italiana) –y como la causa del contrato en la francesa-, es el fin subjetivo, personal, concreto, mediato, inconstante, mutable y diferente inclusive entre los contratantes que se encuentran en igual calidad y en contratos que pertenecen a la misma categoría y que persiguen las partes al contratar (KAUNE, 2011, p.173 y 176). Como es de suponerse, nuestra legislación sigue a su fuente italiana.

Por su parte, ESCALADA (1968, p. 179) expresa:

“La causa como elemento esencial de los contratos o de los actos jurídicos es el de finalidad o razón de ser del acto. El sentido de estas expresiones, definitivamente teleológicas, debe entenderse como una clara distinción con cualquiera otros elementos de los actos y, muy especialmente, con el consentimiento y el objeto, que desde distintos puntos de vista, fueron confundidos con la causa. Además, debe puntualizarse que dentro de esta finalidad existe una doble manifestación, la causa uniforme y repetida en todas las hipótesis de una de ellas, en la concreción de un negocio determinado y, una causa-finalidad diferente, ajena al contrato en sus matices concretos y que atañe a la intención o finalidad subjetiva de las partes, que no es otra cosa que lo que ha determinado el contrato”

Así, la causa del negocio jurídico dependerá de qué tipo de contrato se trate.<sup>9</sup> Los contratos sobre sucesión futura -como se ha dicho- pueden ser gratuitos

---

<sup>9</sup> KAUNE (2011, 168) sobre la causa indica: “La causa de la obligación, la aplican a los diversos tipos de contratos, bajo el siguiente razonamiento: 1° En los contratos bilaterales, la obligación de una de las partes constituye la causa de la otra parte contratante. 2° En los contratos reales, la causa

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

u onerosos. Si el contrato sobre sucesión futura es gratuito, la causa es *animus donandi*. Si acaso fueran onerosos, la causa del contrato sobre sucesión futura sería la contraprestación, aunque cabe recordar que la doctrina alemana se resiste a admitir la bilateralidad de los pactos sucesorios y, consecuentemente, no atribuyen la causa a la contraprestación sino a la muerte del causante.

### e) Forma.-

La forma en los contratos, según BETTI (2000, p. 110) es: “el modo como es el negocio es decir cómo se presenta frente a los demás en la vida de relación; su figura exterior...”, En otras palabras, es el modo en el que se exterioriza el negocio jurídico, haciéndose identificable la figura contractual que las partes celebran. La forma en los contratos tiene dos clases:

#### 1) Ad solemnitatem.-

Son las formalidades que dan la esencia y validez al contrato, sin las cuales no nace a la vida del derecho. Algunos negocios jurídicos son solemnes, por la gravedad de los efectos que generan para las partes contratantes al imponer sacrificios patrimoniales y económicos que no siempre son compensados, como por ejemplo las donaciones, por cuya razón se les exige la observancia de determinados requisitos formales, como ser: la intervención de ciertas autoridades, presencia de testigos, utilización de instrumentos adecuados, etc. La legislación boliviana (Art. 491 del C. Civil), enumera los contratos que requieren formalidad *ad solemnitatem*, exigiendo su celebración mediante documento público, intervención de notario y testigos.

#### 2) Ad probationem.-

Estas formalidades se exigen solo para efectos de prueba, de algunos contratos en los que los sacrificios son recíprocos. Si bien los contratos consensuales se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes contratantes, para efectos de su constatación o verificación requiere de la prueba pertinente. Nuestra legislación, expresamente señala para que contratos es exigible esta formalidad (Art. 492 del C. Civil).

---

*de la obligación de la restitución, radica en un acto previo que es la entrega de la cosa. 3° En los contratos a título gratuito, la causa radica en el animus donandi.”*

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

Ya propiamente respecto a los contratos sobre sucesión futura, en el derecho alemán, el contrato sucesorio debe ser otorgado ante juez o ante notario, en presencia personal de ambas partes. El código suizo exige que sea otorgado con las formas del testamento, es decir en acto público, en presencia de dos testigos (Art. 512).

Tanto el código alemán como el suizo, exigen que el contrato sea celebrado personalmente por el causante, prohibiendo su representación convencional incluso. El otro contratante puede ser representado convencionalmente.

Finalmente, la legislación del Estado Plurinacional de Bolivia no prevé ningún tipo de formalidad concreta para los contratos sobre sucesión futura permitidos, así tenemos de los Arts. 491, 492 y 1005 del C. Civil, por lo que a priori se entendería que son admisibles los contratos sobre sucesión futura verbales. Este aspecto, alarmante, lo analizaremos detenidamente más adelante.

### 5.2. Efectos.-

Las legislaciones que admiten el sistema contractual de sucesión, prevén normas que regulen adecuadamente los efectos emergentes de los contratos sobre sucesión futura.

#### 5.2.1. Efectos *inter vivos*.-

Que son, los efectos que producidos antes de la apertura de la sucesión, constituyéndose en los siguientes:

- a) El instituido, si bien ha adquirido un derecho eventual a suceder, en cambio no tiene derecho alguno sobre el patrimonio del futuro sucesor (Art. 2286 C. Alemán).
- b) El instituyente contractual sigue, sigue siendo propietario de los bienes que compromete en una sucesión futura, de manera que puede disponer de ellos a título oneroso o gravarlos con derechos reales. Sin embargo, el futuro heredero o legatario está protegido de los actos que el causante pudiera realizar con la intención de perjudicarlo, tales como disposiciones que disminuyan, limitan, gravan o condicionen la futura herencia. (ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, 1951, p. 228).

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

- c) En caso de que el causante destruya, elimine o perjudique el legado, el legatario puede reclamar el valor del mismo.
- d) El instituido no puede ceder a otro sus derechos previstos en el contrato sucesorio, porque tal convenio importaría cesión de herencia futura.
- e) El contrato sucesorio es irrevocable, de modo que al designarse herederos contractualmente, no es permitido instituir otro por testamento o por contrato. De acuerdo a ROCA (1948, p. 228), el contrato de institución revoca al testamento o contrato anteriormente celebrado, determinando su ineficacia. Sin embargo, el otorgante puede dejar sin efecto el contrato en todo o en parte sea por testamento o por contrato, siempre que se haya reservado ese derecho.

En el mismo sentido, COLIN y CAPITANT (1949, p. 678) aclaran: “esa irrevocabilidad solo impide al instituyente disponer en favor de otras personas por donación entre vivos, nuevo pacto sucesorio o legado de los bienes comprendidos en el pacto anterior, pero nada impide disponer de sus bienes a título oneroso.”

### 5.2.2. Efectos *mortis causa*.-

Son aquellos que tienen lugar a la muerte del causante, que implica la apertura de la sucesión y determina la delación contractual, produciendo los siguientes efectos:

- a) El heredero instituido contractualmente es llamado e ingresa a la sucesión, en calidad de sucesor universal o particular, según la extensión del contrato sobre sucesión futura.
- b) Según algunos autores, uno de los efectos que el contrato de sucesión futura produce después del fallecimiento del causante radica en que no precisa la aceptación de la herencia; en razón de haberse aceptado a tiempo de contratar. Este efecto está basado en la teoría del conocimiento, consistente en que el contrato se perfecciona una vez que la aceptación del aceptante llega al oferente (KAUNE, 2011, p. 104).

## *Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

En contraposición, COLIN y CAPITANT (1949, p. 679) afirman que lo que el heredero instituido ha aceptado no es la herencia misma, sino el título de instituido y su llamamiento como tal a la sucesión del instituyente o a una parte de ella nada más, y en manera alguna ha renunciado el derecho de opción que corresponde siempre a un heredero legatario.

Ciertamente esta última postura es mucho más aceptable, considerando que el pacto sucesorio institutivo es fuente de vocación sucesoria y no de adquisición hereditaria.

- c) Si el heredero ha sido instituido a título universal y ha aceptado la herencia queda obligado a pagar todas las deudas del de cujus, del mismo modo que el heredero testamentario o el heredero ab intestato. Comprometiendo incluso su propio patrimonio, a menos que su aceptación haya sido hecha bajo beneficio de inventario.
- d) El heredero instituido contractualmente tiene derecho a los frutos de los bienes comprendidos.

### **5.3. Extinción.-**

Los contratos sobre sucesión futura pueden extinguirse por causas especiales a su naturaleza, como también se extinguen por las causas aplicables a los contratos en general. Así, se distingue las siguientes:

#### **a) Por el cumplimiento de sus fines.-**

La extinción natural del contrato de sucesión futura se produce por el cumplimiento de las obligaciones integral de las estipulaciones contenidas en el contrato.

En los contratos institutivos y dispositivos, el cumplimiento radica en la vocación o llamamiento a la sucesión hereditaria de la persona a la cual se ha transmitido el derecho eventual en vida del causante. En los contratos abdicativos el cumplimiento consiste en el definitivo apartamiento del renunciante al momento de la apertura de la sucesión. En los contratos distributivos, el cumplimiento radica una vez que la forma de distribución pactada tenga efecto o incidencia en la división y partición hereditaria.

*Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

**b) Por imposibilidad de su cumplimiento.-**

Esta causa puede ser derivada de la destrucción o perecimiento de la cosa, o de actos genuinos de disposición inter vivos por el instituyente sin intención de fraude.

**c) Por incumplimiento de condición.-**

El incumplimiento de la condición suspensiva a que fuera subordinado el vínculo hereditario contractual.

En principio, la premoriencia del instituido no extingue la vinculación hereditaria contractual que se traslada a los respectivos herederos de aquel (ENNECCERUS, KIPP Y WOLF, 1951, p. &36). Sin embargo, la premorencia del instituido puede ser elevada a categoría de condición resolutoria expresa. En tal supuesto el cumplimiento de la condición producirá la extinción del contrato.

**d) Por mutuo disenso.-**

El vínculo jurídico contractual puede extinguirse por el mutuo acuerdo de todos los sujetos que intervinieron en la suscripción del mismo, como cualquier contrato en general.

En el derecho alemán, existe la particularidad que el mutuo disenso debe ser manifestado bajo la forma de un nuevo contrato con las mismas solemnidades del pacto sucesorio, o testamento conjunto.

En esa misma línea, GUASTAVINO (1968, p. 118) señala, si la ley reconoce la potestad de crear la vocación sucesorio por contrato, debe también reconocer la potestad de extinguirla.

**e) Por declaración de nulidad.-**

La vocación sucesoria emergente de un contrato sucesorio puede eliminarse por la declaración de su nulidad. Con las correspondientes adecuaciones, son aplicables las normas de nulidad y anulabilidad ordinarias de los actos y negocios jurídicos en general.

**f) Acción judicial de reducción, colación o simulación.-**

Por el contenido propiamente sucesorio de los contratos sobre sucesión futura, es alta la posibilidad de que una vez abierta la sucesión se

*Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

materialice la vulneración de la legítima, en cuyo caso, los herederos forzosos están legitimados a hacer uso de las acciones judiciales de reducción, colación o simulación, para recomponer la legítima afectada. Dichos medios judiciales de impugnación del contrato sobre sucesión futura tienen fisonomía propia.

**g) Por revocación unilateral.-**

No debemos olvidar que la regla general es la irrevocabilidad de los pactos sobre herencia futura, sin embargo la excepción es su revocabilidad.

La revocación unilateral puede fundarse en una estipulación del pacto por la cual el instituyente se reservó expresamente el derecho de extinguirlo, ya sea por acto inter vivos o de última voluntad; incluso puede fundarse en la existencia de una causa legal de revocación (ingratitude, incumplimiento de cargos, etc.)

Estos últimos casos, tienen estrecha relación de analogía con los de revocación de donaciones y legados. Aunque la vinculación hereditaria contractual no fuese gratuita, el pacto sucesorio presupone una actitud de especial consideración hacia el instituyente. La omisión del deber de consideración justifica la solución legal que autorice revocarlo.

**6. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LOS CONTRATOS SOBRE SUCESSION FUTURA.**

Así como hay legislaciones con tendencias permisivas y prohibitivas –*aunque, repetimos, ningún sistema es completamente puro-*, de igual forma existen argumentos a favor y en contra que sustentan dichas posiciones respecto a los contratos sobre sucesión futura, que revisaremos a continuación.

**6.1. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LOS CONTRATOS SOBRE SUCESSION FUTURA.**

Las legislaciones que adoptaron una postura predominantemente prohibitiva, han arrastrado a la actualidad los argumentos prohibitivos principalmente del Derecho Romano. Así tenemos los siguientes argumentos:

*Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

- a) Respecto a los pactos sobre sucesión futura de un tercero, se dice que contienen un “carácter inmoral” porque importaban especulación sobre la muerte del causante. Se ha argüido que estos contratos podían provocar el deseo de la desaparición o la muerte del causante (*votum mortis* o *votum convinum, votum mortis captandae*) o incluso la posibilidad de inducir a cometer homicidios. En el Derecho Romano estos actos eran considerados contrarios a la honestidad pública (POTHIER, 1821, p. 28).
- b) En los contratos sobre sucesión futura renunciativos o abdicativos, la prohibición se sostenía en que “no se puede repudiar lo que no se puede aceptar” (RIPERT Y BOULANGER, 1965, p. 26), pues existían normas que prohibían cualquier aceptación o renuncia de herencia sino hasta después que se abra la sucesión. Este argumento tiene estrecha vinculación con el argumento de “inmoralidad” al tratarse de pactos sobre la herencia de una persona viva, y consecuentemente un latente deseo de la desaparición o la muerte del causante.
- c) En cuanto a los contratos sobre sucesión propia futura, se arguye que el pacto sucesorio era “contrario a la libertad de testar”. RIPERT Y BOLANGER indican que: “limita, e incluso suprime, por completo dicha libertad [de testar]”. De acuerdo a los hermanos MAZEUD (1969, p. 39) “...se encadena para siempre la propia voluntad, se enajena la libertad de testar que debe conservarse íntegra.”
- d) En el derecho francés revolucionario, la prohibición de contratos sobre sucesión futura se sostenía bajo el argumento que dichos contratos podrían afectar el principio de igualdad absoluta entre los herederos, o menoscabar la legítima de los mismos. Con la prohibición de pactos sucesorios se consagró la abolición del anterior sistema feudal y su régimen de renunciaciones de herencias anticipadas que permitían concentrar bienes familiares en el hijo varón mayor. Concretamente se intentaba proteger el sistema legal o legitimario de sucesión *mortis causa*.
- e) Todavía en el derecho antiguo francés, de acuerdo a los hermanos MAZEUD (1969, 37), se temía que el presunto heredero pudiera ser manejable por la presión de los parientes interesados en obtener su renuncia. Querían proteger, finalmente, al sucesor contra los usureros, que solo comprarían a previo vil sus derechos eventuales, cuyo vencimiento no

*Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

podía garantizar, ni siquiera su realización. Este argumento, respondería de igual forma a la inmoralidad romana.

**6.2. ARGUMENTOS A FAVOR DE LOS CONTRATOS SOBRE SUCESION FUTURA.**

Por su parte, las legislaciones que adoptaron tendencias permisivas respecto a los pactos sobre sucesión futura extrajeron sus fundamentos de las legislaciones germánicas, siendo las más trascendentales las que detallamos a continuación:

- a) Los pactos sobre sucesión propia futura, de acuerdo a TROPLONG (1855, p. CXXXVII), se fundamentan por la fase familiar que atravesó el derecho de propiedad en esa región, que hizo natural que la familia fuese llamada a tomar parte en las disposiciones que afectaban el dominio, al que le daban un carácter solidario.
- b) La permisibilidad de los contratos sobre sucesión futura obedeció a su utilidad para estabilizar situaciones patrimoniales que interesaban a la sociedad de la época (GUASTAVINO, 1968, p. 245).

**7. TENDENCIAS ACTUALES.**

Actualmente, muchos de los fundamentos que sustentaban la posición predominantemente prohibitiva en cuanto a los pactos sobre sucesión futura, han quedado obsoletos a la evolución del derecho moderno. Revisemos de qué manera los principales argumentos que sustentaban la prohibición (1. *Votum captandae mortis* - inmoralidad, 2. Limitación a la libertad de testar. 3. Resguardar el sistema legitimario de sucesiones.), han sido superados por la doctrina moderna.

El *votum captandae mortis* – inmoralidad que supuestamente traen consigo los contratos sobre sucesión futura, tiene valor solo respecto del pacto sobre herencia de un tercero, indica ROCA (1948, p. 351), pues si bien no es fácil que un hijo atente contra la vida de su padre para heredar los bienes, no puede tenerse igual seguridad cuando el hijo enajena a un tercero el derecho hereditario. Se concluye que lo peligroso es hacer que los derechos de una persona sin relación afectiva con el causante dependan de la vida de este, y

## Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura

que, ello no ocurre en casos de pactos sucesorios que se producen casi siempre entre padres e hijos.

Sobre la supuesta pérdida de la libertad de testar, se dice que así como parcialmente se reduce la libertad testamentaria al permitirse pactos sucesorios, la misma se recupera como libertad contractual. PUIG (1954, p.614) aduce que para conservar íntegramente la facultad de testar no solo habría que cancelar el régimen de los pactos sucesorios, sino también destruir el sistema de las donaciones y aun, si se quiere, abolir totalmente el régimen de contratación. Es en ese sentido que LAFAILLE (1927, p. N° 271) ha ironizado: "...con el mismo criterio podría pedirse la prohibición de la metalurgia del acero, sin tener en cuenta la utilidad que representa, porque en ella se forjan los puñales".

Por último, de acuerdo a CAPITANT Y RIPERT citados por GUASTAVINO (1968, p. 244) el argumento de resguardar "la necesidad de respetar el orden legal de las sucesiones" es considerada inexacta. Las legislaciones que autorizan la licitud de los pactos sucesorios imponen límites estrictos a fin de impedir convenciones que atenten contra las reglas sucesorias calificadas de orden público. Los convenios sobre herencias futuras están sometidos a las reglas que protegen las legítimas de los herederos forzosos.

De todo ello, no es difícil comprender que pocos son los contratos sobre sucesión futura que podrían considerarse inmorales, peligrosos o atentatorios a la vida del causante. SPOTA (1964, p. N° 58) considera que:

...solo deben prohibirse los pactos renunciativos y dispositivos, porque no contemplan ningún interés social o moral que deba tenerse en cuenta para ser acogido por el legislador; pero que en cambio, podría admitirse un convenio por el cual, por ejemplo, el futuro causante contratase con sus hijos mayores y capaces la forma en que, a su muerte, se dividirán los bienes. De este modo tal vez se propendiera a una mayor paz y tranquilidad en la familia; quizá aún procedería aceptar que la partición la conviniesen los hijos por sí solos.

En ese mismo sentido, JOSSEMAND (1951, p. N° 121) considera injustificado el rigor del derecho francés *—pero puede entenderse en sentido extensivo a otras legislaciones de postura prohibitiva—* contra los pactos sucesorios:

"...pues si bien existen algunos reprobables, habría otros inofensivos y "hasta dignos de aprobación", tales como el de los hijos que se comprometen a respetar

## *Capítulo II. Los Pactos Sucesorios y/o Contratos sobre Sucesión Futura*

las últimas voluntades de sus padres y a no prevalecerse de las nulidades que pudieran afectarlas. El pacto sucesorio debería tener el valor que tuviere la finalidad perseguida.”

Así también, en la doctrina italiana se han postulado diversas opiniones favorables a atenuar los alcances de la prohibición de los contratos sobre sucesión futura de su legislación. Es destacable la opinión de MESSINEO (1971, p. &181 N° 5), quien afirma “es difícil justificar la prohibición de los pactos sucesorios de tipo dispositivo y de tipo renunciativo, cuya condena –a diferencia de los pactos institutivos- se debería más a un obsequio a la tradición que a una razón sustancial”

En latinoamerica, IRURETA (1942, p. N° 72) sostiene que “la prohibición absoluta de los pactos sucesorios no se justifica en el derecho moderno, y que en la práctica existen muchas soluciones convenientes al interés familiar que se dificultan precisamente en virtud de dicha prohibición. Por ejemplo, las convenciones que podrían prevenir conflictos familiares relativos a la herencia si tuviesen valor los acuerdos celebrados con intervención del causante en vida...”

No hay equívoco, las opiniones son coincidentes. Como bien señala LINAZASORO (1981, p. 1967), el punto no consiste en renegar de una forma testamentaria en pro de una contractual, o de propugnar a todo trance el uso de terminadas formas de contratos sucesorios, pasando por encima de la realidad social. Pero es precisamente esta realidad social la que nos muestra la utilidad de la forma contractual en el derecho de sucesiones.

Concretamente, se concluye que siempre ha existido una imposibilidad de consagrar una prohibición rigurosa o absoluta de los contratos sobre herencia futura, lo que nos revela claramente que, en realidad, una gran variedad de formas de pactos sobre sucesión futura son, en buena medida, de gran utilidad y responden efectivamente para satisfacer necesidades y conveniencias de la vida jurídica de las personas.

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

## **CAPÍTULO III. LA SITUACION ACTUAL DE LOS CONTRATOS SOBRE SUCESION FUTURA, EN EL DERECHO COMPARADO.**

### **1. LEGISLACIONES QUE ADMITEN Y PROHIBEN LOS CONTRATOS DE SUCESION FUTURA.**

En esta parte, dividiremos nuestro estudio geográficamente, en cuanto a las legislaciones con matices mayoritariamente prohibitivas y permisivas, aunque nunca absolutas como se dijo anteriormente.

#### **1.1. Legislaciones europeas.**

Las legislaciones europeas se dividen en dos grupos, permisivas y prohibitivas.

##### **1.1.1. Permisivas.-**

Dentro de las legislaciones europeas permisivas tenemos principalmente a los Códigos Alemán, Suizo, Austriaco y Portugués.

##### **1.1.1.1. Código Civil Alemán.-**

La legislación alemana, fiel a sus antecedentes permisivos, admite los contratos sobre sucesión futura en todas sus clases, asignándoles la denominación genérica de contratos sucesorios.

El Código Civil de Alemania (en alemán *Bürgerliches Gesetzbuch o BGB*), entro en vigor el 1 de enero de 1900 y continua vigente hasta nuestros días. En él, según Enneccerus citado por Linazasoro (1981, p.52), se establecen los siguientes tipos básicos de contratos permitidos:

- a) Contratos sucesorios positivos o adquisitivos, aquellos por los que el futuro causante atribuye algo a determinada persona, llamada futuro heredero. Son de dos tipos: **1)** Contratos sucesorios adquisitivos en sentido estricto, que tienen por objeto institución de una persona como heredero, normalmente de una

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

universalidad y; 2) Contratos sucesorios adquisitivos de ordenación de heredero, mediante los cuales se asigna legado, la atribución se refiere a una especie o a objetos aislados determinados (Art. 2274 y sig).

b) Contratos sucesorios de renuncia o llamados también abdicativos, mediante los cuales un potencial futuro heredero se aparta de la sucesión futura (Art. 2346 y sig).

c) Contratos sucesorios de institución de carga, mediante el cual el futuro causante impone al heredero, quien la acepta, una carga sobre la cuota de la herencia o sobre la especie o bien determinado que ha de corresponderle una vez abierta la sucesión (Art. 2278).

Pese a la amplia permisibilidad de la legislación alemana en cuanto los contratos sobre sucesión propia futura, no están permitidos los contratos sobre sucesión ajena futura (Art. 312), aun cuando el propósito de estos no sea enajenar dicha porción hereditaria. En general, se sanciona con nulidad los contratos en los cuales el que tiene la perspectiva de convertirse en heredero se obliga para con un tercero, en el evento de llegar a adquirir la calidad de tal, a enajenarle la totalidad o una parte de la herencia (LINAZASORO, 1981, p. 53).

Consecuentemente, son nulos en general los pactos sobre disposición de la herencia de un tercero que aún vive y que no es parte del contrato, y son válidos aquellos contratos hereditarios, contratos sucesorios o pactos sobre sucesión futura en los cuales el futuro causante da su asentimiento, participando en los mismos como parte contratante.

Se debe dejar sentado, que el derecho civil alemán concede un tratamiento especial a los contratos sucesorios permitidos, les ha brindado reglas propias distintas a las de los contratos en general. Los contratos sucesorios están sometidos a algunas reglas de las disposiciones de última voluntad, son similares a los testamentos en muchos aspectos en su regulación, mas no son idénticos en su

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

naturaleza. En ese sentido, HARTMAN Y BINDER citados por Villafuerte (1990, p. 50), expresan que los pactos sucesorios presentan similitud al testamento en los medios de impugnación, se utilizan los mismos capítulos a ese efecto, la nulidad se obtiene por las mismas causas y la ingratitud por los mismos motivos, ello se explica, porque la doctrina alemana considera que el pacto sucesorio no es un contrato obligación ni real, sino un negocio jurídico unilateral por causa de muerte.

Los requisitos exigidos por la legislación civil alemana, destacan los siguientes:

- a) **Capacidad.-** El instituyente o futuro causante, debe gozar de capacidad plena de obrar para disponer de sus bienes, lo que a su vez implica que, de ninguna forma el representante legal puede actuar por cuenta del incapaz de obrar para otorgar contratos sobre sucesión futura. El otorgante, aun siendo capaz de obrar, no puede ser representado convencionalmente para celebrar contrato sobre sucesión futura, es exigible su participación e intervención directa (Arts. 2274 y 2275).
- b) **Forma.-** El contrato sobre sucesión futura debe ser celebrado mediando ciertas solemnidades, debe otorgarse ante el Juez o notario de fe pública, en presencia de ambas partes contratantes (Art. 2276).

Siguiendo a KIPP citado por Villafuerte (1990, p. 51), el documento que contiene el contrato sucesorio debe ser entregado en custodia oficial cerrado y provisto de una nota escrita en el sobre, tal como se hace en los testamentos (Art. 2277).

El contrato sucesorio que no cumpla con las formalidades determinadas por ley es nulo. No se reconoce y por tanto está prohibido el contrato sucesorio ológrafo u otros similares con formalidades atenuadas para casos de necesidad.

Como se observa, la legislación alemana protege a los contratos sucesorios como si fueran testamentos y, precisamente por ello, son aplicables los preceptos de la apertura de testamento a la apertura

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

del contrato sucesorio (Art. 2300). Esto constituye otra forma de protección prevista por la ley alemana en resguardo de los intereses otorgados, normalmente por el futuro causante.

Como regla general, los efectos de los contratos sobre sucesión futura son regulados por las normas correspondientes a las transmisiones de última voluntad (Art. 2279), salvo algunas diferencias.

LOEWENWARTER (1943, p. 707) hace notar que, a diferencia del testamento, la institución de heredero contractual no puede ser revocada unilateralmente, puesto que existe la vinculación contractual entre las partes, a no ser que el futuro causante contratante se haya reservado expresamente el derecho de resolución o de rescisión (Art. 2293).

Como se dijo, el contrato sucesorio por naturaleza otorga un derecho eventual y no un derecho sujeto a modalidad, lo que ocasiona como efecto contractual, que el otorgante pueda ejercitar su derecho a disponer sobre su patrimonio por actos inter vivos, pues el futuro heredero no tiene derecho sobre el patrimonio de su futuro causante (Art. 2286). Ello no significa que, el futuro heredero no goce de protección contra los actos que se pudiera ejercitar con fraude o intención de perjudicarlo.

Por ejemplo, de acuerdo a KIPP (1951, p.217), si alguien hace un préstamo de mutuo sobre la herencia contractual esperada, el contrato de préstamo como tal es eficaz, pero los acuerdos sobre cesión o pignoración de los objetos de la herencia son nulos (Art. 139). También es nula cualquier obligación de pignorar o de constituir un usufructo que afecta la totalidad de la herencia.

Finalmente en cuanto las formas de extinción, los contratos sucesorios pueden dejarse sin efecto por mutuo acuerdo (Art. 2290), observando las mismas formalidades que dieron lugar para su otorgación. Entre los cónyuges, el contrato puede ser otorgado y revocado por testamento conjunto (art. 2292). El contrato sucesorio por regla no puede ser revocado de forma unilateral, salvo que

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

alguna de las partes se haya reservado el derecho de hacerlo en el contrato (Art. 2293). El contrato puede extinguirse por el incumplimiento de la contraprestación, es decir de las obligaciones que el futuro heredero se ha comprometido (Art. 2295). De igual forma por renuncia anticipada del futuro heredero, mediante la otorgación de contrato sucesorio abdicativo. Las faltas o inconductas del futuro heredero pueden dar lugar a que el futuro causante le prive de la legítima rescindiendo unilateralmente el contrato sucesorio (Art. 2294).

En suma, es indudable que la larga tradición alemana en la práctica de los contratos sobre sucesión futura le ha permitido dotarse de una legislación rica, minuciosa y adecuada para este instituto. La experiencia alemana, ha sido adoptada por otras legislaciones permisivas.

**1.1.1.2. Código Civil Suizo.-**

En Suiza, los contratos sucesorios han sido ampliamente autorizados por la legislación de aquel país, debiendo otorgarse los mismos con las formalidades exigidas para los testamentos.

Las clases de contratos permitidas, son:

- a) Los contratos sobre sucesión futura institutivos y renunciativos (Art. 494 y 495), incluidos los pactos sobre sucesión ajena futura, siempre y cuando medie su asentimiento de la persona cuya sucesión se trata, *pactos hereditate tertii* (Art. 494). Es de resaltar esta permisibilidad de contratos sobre sucesión futura ajena, a diferencia de las legislaciones alemana y austriaca que los prohíben.
- b) Los pactos distributivos, que son una generalización de la figuras de partición por donación. Si bien parten de una orientación condenatoria o prohibitiva son una excepción al principio general. Este pacto es entendido como, una manifestación natural del derecho de concertar estipulaciones sobre la sucesión propia futura, por ello la legislación suiza

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

admite que el causante ordene reglas de partición de su herencia.

- c) Contratos sobre sucesión futura distributivos, mediante los cuales el disponente puede, por pacto sucesorio o incluso testamento, prescribir a sus herederos ciertas reglas para la partición y formación de hijuelas (Art. 608, 1°).

La atribución de un objeto de la sucesión a uno de los herederos no se considera legado, sino simple regla de partición, si la disposición no indica una intención contraria de su autor (Art. 608, 3° parr). Esta regla particularmente, a nuestro juicio, constituye en su fisonomía un “contrato de anticipo de legitima”.

En Suiza, la imputación de liberalidades es entendida como un natural desenvolvimiento del derecho de contratar sobre la propia sucesión futura, reconociendo al causante el derecho de disponer expresamente que liberalidades deben colacionarse. (Art. 626).

Los requisitos necesarios para su otorgación, son los siguientes:

- a) **Capacidad.-** El otorgante debe ser mayor de edad y gozar de capacidad de obrar plena. En esa legislación debe tenerse 20 años para celebrar contratos sucesorios (Art. 14 y 468), mientras que solo 18 años para otorgar testamento.
- b) **Forma.-** El contrato sobre sucesión futura debe ser otorgado en la forma de un testamento, es decir por acto público (Art. 512). GUASTAVINO (1968, p. 209) aclara, que para el cumplimiento de esta solemnidad los contratantes han de declarar simultáneamente su voluntad al oficial público y deben firmar delante de él, en presencia de dos testigos.

Como uno de sus principales efectos, al transmitirse derechos eventuales, el contrato sucesorio institutivo no impide al otorgante disponer libremente de su patrimonio (Art. 494).

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

Salvo clausula contraria, los derechos y obligaciones derivados del pacto sucesorio pasan a los sucesores del heredero instituido (Art. 534, 3°)

Como formas de extinción, tenemos la rescisión por una convención escrita por las partes. El disponente puede dejar unilateralmente sin efecto el contrato sucesorio, si después de otorgado el contrato sucesorio el futuro heredero se hace culpable de un acto que importa causa de exheredación (art. 513).

Si acaso se pactan derechos/obligaciones inter vivos y las mismas no son cumplidas o garantizadas según lo convenido, la persona facultada a exigir su cumplimiento puede resolverlo (Art. 514). El contrato sobre sucesión futura se resuelve de pleno derecho si el futuro heredero no sobrevive al disponente. (Art. 515).

Los contratos sobre sucesión ajena futura son susceptibles de ser declarados nulas si en su celebración no ha intervenido la persona sobre cuya herencia ha sido objeto la convención (Art. 636).

**1.1.1.3. Código Civil Austriaco.-**

Esta legislación distingue tres fuentes de derechos sucesorios; el testamento, los pactos sucesorios permitidos por ley y la ley. (Art. 533). Se permite las siguientes clases de contratos sucesorios:

**a)** Contratos institutivos, los cuales solo pueden celebrarse entre cónyuges (Art. 602), los cuales están regulados dentro del régimen de contratos matrimoniales.

Pese a que no se trata de un contrato propiamente, los cónyuges además, pueden instituirse herederos en un mismo testamento, siempre revocable. La revocación de uno de los testadores no implica revocación por el otro. (Art. 1248)

**b)** Los contratos sucesorios renunciativos. Quien es capaz de disponer válidamente de su derecho de sucesión, es capaz también para renunciar anticipadamente al mismo. (Art. 551).

### *Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

Son aplicables a estos contratos las reglas de los contratos en general (Art. 1251). Sin embargo, *-como en las demás legislaciones permisivas-* existen reglas especiales. En caso de divorcio, el cónyuge no culpable tiene derecho no solamente a indemnización de daños y perjuicios sino también, en caso de sobrevivir, a las ventajas resultantes de un pacto sobre sucesión futura (art. 1266); por el contrario, el cónyuge divorciado aunque no sea culpable no puede pretender derecho de sucesión legal (Art. 1266 y Arts. 757 y sig.).

Está prohibido cualquier contrato sobre sucesión ajena futura. (Art. 879, inc. 3°).

La forma exigida para la validez de estos contratos, deben ser otorgados con las formalidades previstas para los testamentos. (Art. 1249). La legítima goza de especial protección, los herederos legitimarios con derecho a ella no pueden ser perjudicados por pactos sucesorios. (Art. 1254).

#### **1.1.1.4. Código Civil Portugués.-**

El actual Código portugués de 1966 vigente desde 1967, es permisivo en la sucesión contractual, con algunas limitaciones. Los contratos sucesorios solo son admitidos en casos expresamente previstos por ley, siendo nulos todos los demás.

La sucesión contractual en esta legislación es definida como aquella por la cual una persona renuncia a la sucesión de otra persona viva, o dispone de su propia sucesión o de la sucesión de un tercero todavía no abierta. (Art. 2028).

#### **1.1.2. Prohibitivas.-**

Por otro lado, las principales legislaciones europeas prohibitivas son la Española, Francesa, Italiana e Inglesa. Nótese, que la prohibición en estas legislaciones no es absoluta, en cada una de ellas existen los casos excepcionales, en distintos grados y matices.

##### **1.1.2.1. Código Civil Español.-**

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

El Código Civil de 1889, pese a las muchas modificaciones y reformas que ha sufrido en el tiempo, permanece vigente. Es prohibitivo sobre toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos, bajo pena de nulidad (Art. 816). Vale decir que, si sometiéramos a estas reglas el “contrato de anticipo de legítima”, sería declarado nulo sin mayor reparo.

La regla general es que, nadie puede aceptar ni repudiar la herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia. (Art. 991).

Está absolutamente prohibido otorgar testamentos mancomunados (Arts. 669 y 773), por su parte, la doctrina española desconoce como institución autónoma la donación mortis causa. (Art. 620).

Por otro lado, encontramos casos excepcionales permisivos de pactos sucesorios, los siguientes:

- a) Contratos sobre herencias futuras cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal hereditario (Art. 1056 y 1271).
- b) La promesa de mejorar o no mejorar, entre futuros cónyuges, realizada en capitulaciones matrimoniales (Art. 826).
- c) Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, establecido en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efectos aunque este muera intestado, salvo que el adoptante incurra en causa de indignidad. Dicho pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, en perjuicio de la legítima de los herederos legitimarios. (Art. 174, según reforma de la ley de 24.04.58)
- d) La dispensa de colación, la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso de reducción de la donación por inoficiosa (Art. 1036).

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

- e) La partición de los bienes hereditarios hecha por el causante, mediante acto entre vivos (Art. 1056), pudiendo encomendar dicha tarea a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. (Art. 1057).

En oposición al sistema jurídico de Castilla que acabamos de revisar, el derecho de Aragón, Cataluña, Navarra, Viscaya y otros, permiten otras diversas figuras contractuales, la mayoría de ellas dentro del derecho matrimonial y hereditario, constituyen pactos sobre herencia futura.

**1.1.2.2. Código Civil Francés.-**

En la legislación francesa tenemos al Código Civil francés (o Napoleónico) de 1804, todavía vigente. Por sus precedentes del derecho romano triunfantes sobre sus pocos pero ciertos antecedentes germánicos, la legislación francesa tiene un carácter generalmente prohibitivo sobre los contratos sobre herencia futura.

En general, no se puede renunciar ni enajenar respecto a una herencia no abierta, ni siquiera en capitulaciones matrimoniales (Art. 791), ni aun mediando el consentimiento de la persona sobre cuya herencia se trate. (Art. 1600). También están prohibidos los testamentos conjuntos. (Art. 969).

Como en las demás legislaciones, existen excepciones:

- a) Donaciones hechas en capitulaciones matrimoniales, entre esposos a los hijos. (Art. 1081 a 1090).
- b) Donaciones entre esposos, mediante contrato de matrimonio o durante el matrimonio, con cláusulas de atribución de bienes al cónyuge sobreviviente en la partición (Arts. 1091 a 1100, con las reformas introducidas por ley de 03.12.30 y ley de 13.07.63 y Arts. 1390 a 1392).
- c) Imputación de la porción disponible por acto inter vivos (Art. 919).

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

- d) Reconocimiento de carácter oneroso de un contrato celebrado entre el causante y un heredero forzoso (Art. 918).
- e) Partición por donación del ascendiente (Art. 1075 y siguientes, según reforma Decreto Ley de 17.06.38 y ley de 20.07.40)
- f) La continuación de la sociedad con herederos del socio premuerto o solamente entre socios supérstites (Art. 1868).

**1.1.2.3. Código Civil Italiano.-**

En la legislación civil italiana, tenemos al Cod. Civil de 1942 vigente hasta el día de hoy. Este Código establece la siguiente regla general prohibitiva: “Es nula toda convención por la que alguno dispone de la propia sucesión. Es igualmente nulo todo acto por el cual alguien dispone de los derechos que le puedan corresponder sobre una sucesión no abierta todavía o renuncia a los mismos” (Art. 458).

No se admite la institución contractual de heredero de ninguna forma, ni en capitulaciones matrimoniales (Art. 796). Están prohibidos también los testamentos conjuntos y la cláusula de reciprocidad (Arts. 589 y 635).

La prohibición es atenuada en los siguientes casos, excepcionales:

- a) Imputación de liberalidades por actos inter vivos a la porción disponible o no (Art. 552 y 737).
- b) Rehabilitación del indigno por testamento o por acto público (Art. 466).

**1.2. Legislaciones americanas.**

La gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas siguen la orientación de las legislaciones europeas “prohibitivas” estudiadas, de ahí que la diferencia entre unas y otras no es sustancial, y que, en todo caso radica en la intensidad de sus reglas prohibitivas y la cantidad de los casos permitidos. Así tenemos las siguientes:

**1.2.1. Código Civil Brasileiro.-**

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

La normativa civil en Brasil se rige específicamente por la Ley N° 10.406 de 10 de enero de 2002, que ha entrado en vigor desde 11 de enero de 2003 al presente.

Este Código Civil contiene una tendencia prohibitiva respecto a los contratos sobre sucesión futura, sin embargo la misma no es absoluta ni claramente expresa. No están permitidos los contratos que versen sobre la herencia de una persona viva (Art. 426). Así como dentro de las características de las sociedades cooperativas, se establece la no transferibilidad de capital de acciones a terceros ajenos a la empresa, incluso por herencia (Art. 1094-IV).

Por su parte, la donación del ascendiente al descendiente o de un cónyuge a otro, es reputada a la herencia (Art. 544).

**1.2.2. Código Civil Mexicano.-**

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal de 1928, vigente desde 1932 hasta el presente, contiene reglas generales prohibitivas en cuanto a los contratos sobre sucesión futura.

Están prohibidos los testamentos conjuntos como las clausulas o condiciones de reciprocidad en la institución de herederos o clausula derogatoria de revocar el testamento (Arts. 1296, 1349, 1493).

El heredero o legatario no puede enajenar su cuota hereditaria sino después de la muerte de aquel a quien hereda (Art. 1291). La herencia de una persona viva no puede ser objeto de contrato, aunque este asienta en ello (Arts. 1291 y 1826). La renuncia a la herencia futura está prohibida (Art. 1665). Continúan las reglas prohibitivas con la ilicitud de donaciones de bienes futuros (Arts. 2333, 2338 y 2339).

Las excepciones en esta legislación, son las que siguen:

- a) Donaciones entre consortes a confirmarse con la muerte del donante (Art. 232).
- b) Perdón del indigno por acto autentico (Art. 1318).

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

- c) Estipulaciones relativas a la continuación de la sociedad con herederos del socio muerto (Art. 2720, inc IV)

**1.2.3. Código Civil Peruano.-**

El Código Civil peruano entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984. Este cuerpo normativo es de corte prohibitivo respecto a los contratos sobre sucesión futura.

Está prohibida la aceptación o renuncia de herencias futuras (Art. 678), además que, es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora (Art. 1405) como también es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro (Art. 1406).

Las salvedades son escasas pero existentes; Las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél (Art. 831)- Nótese que se refiere a donaciones u otras liberalidades y no a contratos sobre sucesión futura propiamente.

**1.2.4. Código Civil Uruguayo.-**

El Código Civil de Uruguay fue redactado por Tristán Narvaja sobre un proyecto de Eduardo Acevedo. Fue puesto en vigencia el 1 de enero de 1868. En 1995 fue actualizado incorporándole las modificaciones legislativas posteriores.

Este Código por regla es prohibitivo respecto a contratos sobre sucesión futura, toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre aquellos que la deben y sus herederos forzosos, es nula; Los segundos podrán reclamarla cuando mueran los primeros, sin perjuicio de traer a colocación lo que hubieren recibido por la renuncia o transacción (Art. 888).

A su vez, en este cuerpo normativo se encuentran tenues excepciones a la regla. Toda donación que se hubiese hecho a un heredero forzoso que tenía entonces la calidad de tal, se imputará a su legítima, a menos que en la respectiva escritura o en acto auténtico posterior se exprese que la donación

### *Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

ha sido hecha de la parte disponible a favor de extraños. Aun en este último caso, si la donación excediere la cuota disponible, el exceso estará sujeto a reducción (Arts. 890 y 1101). Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio (Art. 882).

Por otra parte, está permitida la cesión de derechos hereditarios, el que vende o cede a título oneroso un derecho de herencia sin especificar los efectos de que se compone, sólo es responsable de su calidad de heredero; Si el heredero se había aprovechado ya de los frutos o percibido créditos o vendido efectos hereditarios, deberá reembolsar su valor al cesionario, a no ser que expresamente se los haya reservado en el contrato. El cesionario deberá por su parte satisfacer al heredero todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y sus propios créditos contra la misma, salvo si se hubiere pactado lo contrario. La cuota o cuotas hereditarias, que por el derecho de acrecer sobrevinieren al heredero, se entenderán comprendidas en la cesión, salvo que se haya estipulado otra cosa (Arts. 1664, 1767 y 1768).

#### **1.2.5. Código Civil Chileno.-**

El Código Civil de la República de Chile fue promulgado por Ley de 14 de diciembre de 1855, durante el gobierno del presidente Manuel Montt. Se dispuso que el Código entrara en vigor el 1 de enero de 1857, vigente al presente.

En este cuerpo legal encontramos prohibición a testamentos conjuntos, la condición de reciprocidad y la cláusula derogatoria (Arts. 1003, 1059, 1001). El derecho a suceder a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun con el consentimiento de esa persona. Las convenciones relativas a la legítima entre el causante y el legitimario, están sujetas a reglas especiales del título de asignaciones forzosas. (Art. 1463). Las donaciones a título universal no se extienden a los bienes futuros del donante, aunque se disponga expresamente en el contrato (Art. 1409).

A título de excepción, se permite los siguientes pactos sucesorios:

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

- a) Mandato para ejecutarse después de la muerte del mandante (Art. 2169)
- b) Estipulación de continuar la sociedad con herederos del socio premuerto (Art. 2103).
- c) Imputación de liberalidades en actos inter vivos, en la misma escritura de donación o en acto posterior (Art. 1198 y 1203).
- d) Promesa por acto entre vivos del causante a un descendiente, de no donar ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejora (Art. 1204).
- e) Partición de la herencia por causante en acto entre vivos (Art. 1318) y nombramiento de partidor por el causante en instrumento publico entre vivos, siempre que sea abogado (Art. 1324, según modificación de Ley N° 6985 de 1941)

**1.2.6. Código Civil Colombiano.-**

El Código Civil de Colombia se halla contenido en la Ley N° 57 de 1887, vigente hasta hoy, contiene prohibición de los pactos sucesorios pero con numerosas excepciones.

Es nula la venta de todos los bienes presentes o futuros o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota; pero será válida la venta de todas las especies, géneros y cantidades que se designen por escritura pública, aunque se extienda a cuanto el vendedor posea o espere adquirir, con tal que no comprenda objetos ilícitos (Art. 1867).

Es válida la cesión de herencia, empero el que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado, sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o de legatario (Art. 1967).

Por su parte, si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio (Art. 1237).

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

Los desembolsos hechos para el pago de las deudas de un legitimario, descendiente legítimo, se imputarán a su legítima, pero sólo en cuanto hayan sido útiles para el pago de dichas deudas. Si el difunto hubiere declarado expresamente, por acto entre vivos o testamento, ser su ánimo que no se imputen dichos gastos a la legítima, en este caso se considerarán como una mejora (Art. 1261) *–de esta norma se desprende además el entendimiento colombiano sobre las donaciones indirectas, consideradas como inexistentes–*. No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero (Art. 1451).

**1.2.7. Código Civil Argentino.-**

La legislación civil argentina es la más moderna de las legislaciones americanas. La Ley N° 26994 dispuso la vigencia del nuevo “Código Civil y Comercial de la Nación” a partir del 1 de agosto de 2015, fecha a partir de la cual el tan reconocido Código de Vélez Sarsfield quedó derogado luego de 145 años de vigencia.

Si bien las únicas formas permitidas de vocación sucesoria en este código son la ley y el testamento (Art. 2277), así como tampoco está permitida la prohibición de aceptar o renunciar a herencias futuras (Art. 2286) y expresamente se prohíbe que las herencias futuras sean objeto de fideicomiso (Art. 1670); Sin embargo, la legislación argentina prevé amplias excepciones a esas reglas. Observemos.

La herencia futura no puede ser objeto de contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto si: **a)** Se tratase de pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros; **b)** Exista disposición legal expresa –

*Capítulo III. La Situación Actual de los Contratos sobre Sucesión Futura, en el Derecho Comparado*

*expresión que abre la posibilidad de contratos sobre sucesión futura, siempre y cuando sean nominados por la ley- (Art. 1010).*

La partición por donación puede ser hecha por el ascendiente en vida, incluso por actos separados, si el ascendiente interviene en todos ellos (Art. 2415). Por otro lado, la cesión del derecho a una herencia ya deferida o a una parte indivisa de ella es válida y, tiene efectos: **a)** Entre los contratantes, desde su celebración; **b)** Respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio; **c)** Respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión. (Art. 2302)

Como es visible en todos los casos anteriores, latinoamericanos y europeos, de orden prohibitivo o permisivo, no existen legislaciones puras cuando se trata de contratos sobre sucesión futura. Es decir, las legislaciones de carácter permisivo hallan sus límites en algunos casos prohibidos, como también, las legislaciones con matiz prohibitivo contienen excepciones a su regla, pactos sucesorios de diferentes intensidades, con efectos o incidencias en la futura sucesión, en mayor o menor grado.

Concluimos que, el orden jurídico de las legislaciones actuales no es distinto a la situación que existía en los precedentes históricos romanos o germánicos. Sin importar la región geográfica, los contratos sobre sucesión futura han estado presentes durante el desarrollo del derecho sucesorio en las legislaciones de los diferentes países y, aunque se cree que en las legislaciones con orientación romanista los pactos sucesorios son prohibidos absolutamente, la verdad es que su necesidad dio lugar a casos excepcionales, siempre.

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

## **CAPÍTULO IV. LOS CONTRATOS DE SUCESION FUTURA EN LA LEGISLACION DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.**

Antes de ingresar a la revisión de antecedentes y actuales normas vigentes en el Estado Plurinacional de Bolivia, debemos indicar que no podemos hablar propiamente de un derecho civil boliviano, al menos no en sentido estricto. Tanto el código civil de 1831 como el vigente de 1976, los hemos adoptado de las influyentes corrientes europeas en su época, francesa e italiana respectivamente, las cuales hemos ya tenido la oportunidad de revisar superficialmente en anteriores capítulos. Sobre esa base, en este capítulo serán objeto de estudio los citados códigos civiles bolivianos, en cuanto a su tratamiento de los contratos sobre sucesión futura.

Pese a que podríamos encontrar algún vestigio o antecedente, no serán parte de esta revisión el derecho pre colonial y colonial<sup>10</sup> anterior a la independencia de la República de Bolivia, en razón a que las normas en el derecho pre colonial no eran escritas y en el derecho colonial proliferaron las mismas al punto que se ingresó a una confusión; motivos fundamentales que nos hacen afirmar que el derecho anterior a la época republicana carecía de sistematización y no existía certeza suficiente sobre las posturas que se adoptaban respecto a las diversas instituciones jurídicas en general, incluidos los contratos sobre sucesión futura en concreto.

---

<sup>10</sup> Sobre el derecho pre colonial y colonial en la región geográfica que actualmente ocupa el Estado Plurinacional de Bolivia, ROMERO (1969, p. 72) reconoce que no se ha investigado todavía lo suficiente sobre el derecho de los aimaras, pero es indudable que habiendo alcanzado un alto nivel cultural, su vida ha tenido que ser regida por normas jurídicas en consonancia con esa su cultura. Distinta ha sido la situación en el Derecho incaico, aunque no han faltado autores que negaron la posibilidad de sistematizar este derecho porque los Incas no tuvieron una escritura a través de la cual se pudiera lograr ese cometido.

Además, se ha establecido que el derecho colonial fue compuesto principalmente por el derecho Indiano y el derecho de Castilla. El primero es esencialmente casuista, es decir es dictado para cada caso particular y, por lo mismo, carece de una sistematización y ordenamiento que se ajuste a principios jurídicos fijos y claros. De hecho, esta legislación era tan profusa y confusa que en muchas oportunidades se intentó recopilarla, logrando la "Recopilación de las Leyes de los reinos de las Indias" promulgada por Carlos II, que consistía en Nueve Libros, divididos en 218 Títulos, comprendiendo 6.377 leyes. Sobre el derecho de Castilla, no era muy distinta la situación.

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

No está en discusión la importancia que debiera merecer la historia de nuestro derecho civil, que debe ser estudiada y desarrollada con la mayor atención y profundidad, pues ello nos proporcionaría nuevos y mejores elementos para su perfeccionamiento, más aun si son pocos los autores que se han dedicado al estudio del derecho civil anterior a la época republicana, es claro que resulta una asignatura pendiente, sin embargo no es tema ni objeto de nuestra investigación.

## **1. ANTECEDENTES DE CONTRATOS SOBRE SUCESION FUTURA EN BOLIVIA EN EL CODIGO CIVIL SANTA CRUZ DE 1831.**

Como primer antecedente, tenemos al Código Civil “Santa Cruz” *-promulgado durante el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz-* que entro en vigor el 2 de Abril de 1831 hasta el 01 de Abril de 1976, abrogado por el Art. 1569 del C. Civil de 1976. El Código Civil *Santa Cruz*, como se lo conoce popularmente, lo hemos recibido del derecho revolucionario francés y del derecho Castellano; Concretamente, nos referimos al código Napoleón de 1804, las Partidas y la Novísima Recopilación. Estos cuerpos normativos, reflejan en gran medida las posturas adoptadas en el Derecho Romano y el Derecho Canónico.

El Código Civil “Santa Cruz” es el primer código civil boliviano dentro de la era republicana<sup>11</sup>, este código ha sufrido numerosas modificaciones, si bien en un inicio tenía 1556 artículos, a momento de su abrogación (02 de Abril de 1976) contaba con 1571 artículos.

Durante su vigencia, el Código Civil Santa Cruz fue abrogado “temporalmente” el 18 de Noviembre de 1845 por el lapso de un año. Durante la presidencia del General José Ballivian y Segurola, entro en vigencia un nuevo Código Civil, sin embargo por diversos factores debió dejarse sin efecto y retomarse el Código Civil “Santa Cruz”. Es decir, la vigencia del Código Civil “Santa Cruz” fue suspendida durante un año, entre noviembre de 1846 a noviembre de 1846

---

<sup>11</sup> Al respecto, ROMERO (1969, p. 78) expresa: *“Proclamada la independencia de la República el 06 de agosto de 1825, siguieron rigiendo en Bolivia las leyes castellanas. En 1830, el Mariscal Santa Cruz quiso dotar al país de una legislación propia, y con tal finalidad encomendó a la Corte Suprema de Justicia que nombre una Comisión redactora del Código Civil...”*

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

(Terrazas, 1959, p. 17), demostrando una vez más su gran impacto en las relaciones jurídicas privadas bolivianas.

El Código Civil *Santa Cruz* de 1831, respecto a los contratos sobre sucesión futura, en su Art. 495 preveía: “El contrato de sucederse mutuamente es nulo, aunque sea entre marido y mujer. Sin embargo los militares en guerra, podrán hacer estos pactos, los cuales cesaran inmediatamente que cese el peligro.”

Norma de la que se desprende una prohibición genérica y su excepcional admisión para militares en guerra y en estado de peligro, sujeto a caducidad. Por su parte, si bien se había prohibido los contratos sobre sucesión futura entre marido y mujer, la finalidad perseguida por ese contrato –nulo- podía obtenerse de igual forma mediante testamentos recíprocos. Al respecto, la ex Excma. Corte Suprema de Justicia (ahora Tribunal Supremo de Justicia) aclaro los alcances de ello, sentando:

“al prohibir los contratos de sucesión mutua se refiere únicamente a los contratos bilaterales en que los interesados se imponen recíprocamente el derecho y la obligación de heredarse el uno al otro, reatándose a que ninguno de ellos pueda por si solo retractar su compromiso; que los testamentos de Felipe C. y Sebastiana F. no contienen el mencionado contrato de un modo expreso, ni tampoco de un modo tácito, puesto que cada uno de los otorgantes, no estando ligado por pacto alguno previo, quedo en plena libertad para revocar o variar sin consentimiento del otro, el que había otorgado, cuya circunstancia no tiene lugar en los contratos sinalagmáticos” (G.J. No. 396, pag. 272).

Entendimiento jurisprudencial que fue reiterado por la C.J. N° 532, pag. 14, reafirmando los conceptos vertidos en la primera.

Por su parte, de acuerdo a la revisión estrictamente normativa realizada por GUASTAVINO (1968, p. 245), el Código Civil “Santa Cruz” de 1831 estableció otras excepciones a la prohibición de los pactos sucesorios, a saber:

- a) Poder para testar (Art. 469 y sig.)
- b) Donaciones por causa de muerte (arts. 662, 628 y sig.) que deben hacerse en testamento, codicilo o en poder para testar, sin que se transfiera el dominio de lo donado sino después de muerto el donante (Art. 688), y que es revocable por este (Art. 691-inc. 2).

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

- c) Pactos de sucesión recíproca entre los militares en la guerra, que cesaran inmediatamente de terminado el peligro (Art. 495. Parr. 2°).
- d) Imputación de donaciones directa o indirectas a la porción disponible del donante (art. 1083); reconocimiento de onerosidad de la enajenación del causante a un legitimario (art. 886).

No constituyendo pacto sucesorio pero si promesa post mortem o acto in diem mortis dilati, era posible estipular la reversión de las cosas donadas para el caso de que el donatario muera antes de que el donante (art. 1453).

Como se puede advertir, son varios los casos excepcionales en que se permitían pactos sucesorios –*actos y negocios jurídicos cuyo objeto o contenido versaba sobre una futura herencia*-, sin que la mayoría de estos, tengan la virtud de alcanzar propiamente la calidad de contratos sucesorios institutivos.

## **2. CODIGO CIVIL VIGENTE DE 1976.**

A partir del código civil boliviano vigente desde el 2 de Abril 1976, nuestra legislación adopta la tendencia de la escuela italiana y, con ello, el tratamiento jurídico que prevé dicha legislación para los contratos sobre sucesión futura. MESSINEO (1971, & 181 p. 75), respecto a la legislación italiana, sucintamente expone:

“En el derecho italiano, está prohibido, y es, por consiguiente, nulo, el pacto (contrato) sucesorio, estos es, aquel con el que una persona –por acto entre vivos- disponga mortis causa de bienes propios, obligándose, frente al destinatario de ellos (heredero o legatario), a no-revocar, o sea a vincularse, en orden a la suerte de los bienes que han de tomarse de la herencia (el pacto denominado institutivo). Por la misma razón, implícitamente, no se admite en nuestro derecho la donación por causa de muerte”

Como se observa, la norma italiana prohíbe y sanciona con nulidad los pactos sucesorios, regla que se justificaba, por lo siguiente: “La prohibición en el pacto sucesorio del contenido que se acaba de indicar, es el resultado del principio de la libertad de disponer, o sea, de la revocabilidad del testamento hasta el momento de la muerte...” (MESSINEO, 1971, & 181 p. 75); Es decir, a entender de la doctrina italiana el principio de revocabilidad quedaría vulnerado si se permitiese el vínculo

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

obligatorio contractual, pues este sería inmodificable y, como efecto transversal, restaría al testamento el carácter de revocabilidad.

La prohibición era amplia, abarcaba incluso a los contratos sobre sucesión futura renunciativos, de los que MESSINEO (1971, & 181 p. 76) se refiere de la siguiente manera: “otro tipo de pacto sucesorio prohibido es aquel...por el cual alguno renuncia anticipadamente frente a posibles futuros herederos, a los derechos que podrán corresponder sobre una sucesión (o sobre los bienes que formaran parte de ella) no abierta todavía (pacto denominado renunciativo)”.

Estos antecedentes italianos bastante prohibitivos, han dado lugar a las disposiciones de nuestra legislación, siendo relevantes a nuestro estudio los Arts. 1004, 1005 y 1006 del Cod. Civil vigente de 1976; Estas normas contienen una prohibición genérica respecto a los contratos sobre sucesión futura y, posteriormente, permisión a título de excepción, en casos taxativamente determinados.

Sobre estas normas jurídicas, MORALES GUILLEN (1977, p. 703) manifiesta: “el Art. 1005 deroga prácticamente la prohibición del pacto sobre sucesión propia prevista en el art. 1004 y, en rigor, ambas normas presentan manifiesta contradicción”; respetando la postura del citado autor, no coincidimos con la misma, conforme expondremos a continuación.

Por nuestra parte, de la lectura y comprensión de las citadas normas, tenemos que inicialmente la legislación civil boliviana, por regla ordinaria, prohíbe, de forma genérica todos los contratos sobre sucesión futura (Art. 1004 del Cod. Civil). Sin embargo, a título de excepción, los admite en dos casos expresamente señalados: **1)** Los contratos de sucesión futura mediante los cuales el futuro causante comprometa únicamente la porción disponible o, en caso de no existir herederos forzosos ni sucesión legitimaria, todo el patrimonio. Estaríamos hablando de contratos de sucesión futura institutivos (Art. 1005 del Cod. Civil) y; **2)** Los contratos de adquisición preferente celebrados únicamente entre cónyuges - *contratos sobre sucesión futura de carácter distributivo*-, que recaen sobre ciertos bienes específicamente señalados por la norma y cuyos efectos tienen íntima relación con la división y/o partición de la herencia. (Art. 1006 del Cod. Civil).

A diferencia de la segunda, la primera excepción –*según algunos autores*- no podría otorgarse válidamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

mantener contradicción –*aparente*- con la prohibición de aceptar o renunciar a la herencia instituida por una persona viva (Art. 1018 del Cod. Civil), norma que impediría la otorgación de contratos sobre sucesión futura a título excepcional; este entendimiento tampoco lo compartimos, por lo siguiente.

En realidad, por nuestra parte creemos que, a momento del perfeccionamiento del contrato sobre sucesión futura institutivo permitido a título excepcional, el futuro heredero no acepta la herencia en sí misma, sino su llamamiento a la sucesión como heredero contractual (vocación sucesoria voluntaria contractual), de tal manera que su opción a aceptar o renunciar a la herencia la ejercerá una vez abierta la sucesión y por los medios que la ley prevé, de ahí que no hay contravención alguna al Art. 1018 del Cod. Civil. Así también lo entendieron COLIN Y CAPITANT (1949, p. 679), conforme a expusimos en el numeral 2) punto 5.2.2. del Capítulo II del presente trabajo de investigación.

Lo anterior se justifica aún más, si consideramos que el contrato sobre sucesión futura institutivo, confiere en realidad un derecho eventual a la vocación sucesoria o llamamiento a heredar –*que nace después de la apertura de la sucesión, por ello es un contrato con efectos mortis causa*-, y no a la adquisición de la herencia propiamente, que tendrá lugar posteriormente, mediante la manifestación de aceptación o renuncia a la misma.

Por los motivos expuestos, creemos que, ambos casos excepcionales previstos por la ley mediante los que se permite otorgar contratos sobre sucesión futura, son admitidas y válidas de acuerdo a las normas estudiadas; cuestión distinta es que, además de las escasas normas que admiten su permisibilidad, no existen otras que regulen los requisitos para su formación, regulen sus efectos jurídicos y extinción.

Por su parte, fuera de esos dos casos excepcionales expresamente previstos por ley, cualquier otro contrato sobre sucesión futura se halla comprendido en la prohibición general (Art. 1004 del Cod. Civil).

No debe perderse de vista que existen otros actos que, sin tener –*necesariamente*- la intensidad de contrato sucesorios institutivos, renunciativos, dispositivos o distributivos, si constituyen pactos sucesorios porque su contenido u objeto versan sobre una futura herencia. Tales son los casos de, “los contratos de anticipo de legitima”, “la estipulación de continuar las sociedades con los herederos del socio premuerto”, “la imputación de liberalidades en actos *inter vivos* en la escritura de

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

donación –directa o indirecta- a la porción disponible del donante” (Art. 1255 del C. Civil), de los que habría que cuestionar su naturaleza jurídica *-bien como contratos sobre sucesión futura, actos in diem mortis dilati o promesa post mortem-*, a partir de ello su consecuente validez y regulación en nuestro sistema jurídico.

Aclarar sin embargo, que nuestro objeto de investigación únicamente versa sobre los “contratos de anticipo de legítima” y no sobre los demás casos citados.

### **3. PACTOS O CONTRATOS SOBRE SUCESION FUTURA ¿PROHIBIDOS O PERMITIDOS?**

En este punto, es necesario recordar que existe una sutil pero importante diferencia entre los conceptos de pacto o contrato sobre sucesión futura y sucesión contractual.

Por una parte, los contratos sobre sucesión futura no versan necesariamente respecto a una institución de heredero, sino es suficiente que el objeto del contrato sea una herencia futura o parte de ella y que importe una modificación o una especificación de las reglas sucesorias establecidas supletoriamente por ley, dentro esta categoría se encuentran los pactos sucesorios institutivos, renunciativos, dispositivos y distributivos. Por otro lado, la sucesión contractual necesariamente constituye una institución de heredero, nos referimos directamente a los pactos sucesorios institutivos e indirectamente a los renunciativos y dispositivos, a título universal o particular.

Teniendo presente lo anterior, es necesario cuestionarnos sobre los alcances de los Arts. 1004 (prohibitivo en general) y 1005 y 1006 (permisivos, a título de excepción) del C. Civil.

Así el referido Art. 1004 del Cod. Civil dispone:

“Art. 1004.- (CONTRATOS SOBRE SUCESION FUTURA) Es nulo todo contrato por el cual una persona dispone de su propia sucesión. Es igualmente nulo todo contrato por el cual una persona dispone de los derechos que puede esperar de una sucesión no abierta, o renuncia a ellos, salvo lo dispuesto en los dos artículos que siguen.”

De cuyo entendimiento, tenemos que la prohibición es genérica, “todo contrato” sobre sucesión futura, sin distinciones o matices, es nulo y por tanto prohibido.

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

Esta norma, tanto en su primera como segunda parte, describe textualmente el contenido de esos contratos prohibidos, de la siguiente manera: **1)** “dispone de su propia sucesión”, lo que comprendería a todos los contratos sobre sucesión futura, propia, de carácter institutivo y distributivo, y; **2)** “dispone de los derechos que puede esperar de una sucesión no abierta”, en el que se hallaría comprendido el contrato sobre sucesión futura ajena dispositivo y renunciativo.

En suma, todas las clases de contratos sobre sucesión futura, propia o ajena, de carácter dispositivo, renunciativo o distributivo se hallan prohibidas.

Ante tal prohibición cerrada, solo queda revisar los dos casos excepcionales aceptados por la ley, no siendo admisibles otros ni siquiera análogos (*numerus clausus*), los cuales, en caso de existir deberán caer indefectiblemente a la prohibición general.

Sobre el primer caso de permisibilidad, el Art. 1005 del Cod. Civil regula:

“Art. 1005.- (EXCEPCION AL CONTRATO SOBRE SUCESION FUTURA) Es válido el contrato por el cual una persona compromete la parte o porción disponible de su propia sucesión. No teniendo herederos forzosos podrá disponer por contrato de la totalidad o parte de su propia sucesión.”

De la norma anterior, tenemos que es válido únicamente el contrato sobre sucesión futura propia de carácter institutivo o distributivo que comprometa únicamente la porción disponible; Bajo esa lógica, no se puede disponer de la legítima de los herederos forzosos por contrato sobre sucesión futura.

En caso de que no existan herederos forzosos, está permitido el contrato sobre sucesión futura propia institutiva que recaiga y disponga sobre la totalidad o parte de su patrimonio. Consecuentemente, en este segundo supuesto tampoco el contrato podría versar sobre legítima alguna, porque no hay herederos forzosos.

Este tipo de contrato sobre sucesión futura tiene un pequeño óbice, y es que su carácter institutivo otorga al futuro heredero vocación sucesoria voluntaria contractual, lo que vale decir, el derecho a que una vez abierta la sucesión (apertura de la sucesión) sea llamado a la misma (vocación sucesoria), para su posterior ofrecimiento de la herencia (delación) y consecuente aceptación (adquisición de la herencia) o renuncia; Sin embargo, operada la vocación o su llamamiento a la sucesión, de forma omisiva, nuestra legislación solo prevé la

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

delación deferida por la ley (sucesión legítima) o por voluntad del de cujus, expresada en testamento (sucesión testamentaria), excluyendo la previsión de la delación voluntaria –también-, por contrato (Art. 1002 del Cod. Civil).

Pese a la citada omisión en nuestro código civil actual, los legisladores tampoco parecen tener la intención de excluir esta forma excepcionalmente permitida de contrato sobre sucesión futura, así tenemos del Art. 1005 del Anteproyecto del Código Civil elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia la gestión 2001, que propone: “Art. 1005. (Excepción al contrato sobre sucesión futura).- Es válido el contrato por el cual una persona compromete la parte o porción disponible de su propia sucesión. No teniendo herederos forzosos, podrá disponer por contrato de la totalidad o parte de su propia sucesión, reservándose en el primer caso el usufructo mientras viva”, siendo novedosa únicamente la reserva de usufructo. En cualquier caso, la referida omisión es un aspecto a considerar en una futura reforma legislativa.

Por su parte, el segundo caso de permisibilidad se halla contenido en el Art. 1006 del Cod. Civil, que determina:

“Art. 1006.- (CONTRATOS DE ADQUISICION PREFERENTE ENTRE CONYUGES)  
Es válido el contrato por el cual los cónyuges convienen en que el sobreviviente pueda adquirir el negocio comercial propio del premuerto; o el equipo profesional y sus instalaciones donde ambos cónyuges trabajan en el momento de la muerte del de cujus; o uno o varios bienes muebles personales del cónyuge fallecido, determinados en su naturaleza; o el inmueble, y su mobiliario, ocupando como vivienda por los esposos en el momento de la muerte del de cujus. En todos estos casos el beneficiario pagará el valor apreciado el día en que se haga efectiva esa facultad.”

Este contrato sobre sucesión futura es claramente uno de carácter distributivo y, por tanto, el único en su especie admitido por nuestra legislación.

En la clasificación, este contrato por su extensión podría ser medio o mínimo; directo porque es un medio para adquirir determinados bienes de la futura sucesión; distributivo, no designa heredero, porque el cónyuge contratante ya es sucesible y mediante el contrato únicamente adquiere preferencia frente a otros herederos para la distribución de bienes en la división hereditaria.

En ese sentido, como cualquier contrato sobre sucesión futura, el contrato de adquisición preferente entre cónyuges debe contener los caracteres principales de

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

esta clase de contratos. Así, este contrato es un negocio jurídico bilateral por su esencia contractual; Produce efectos *inter vivos* y *mortis causa* simultáneamente, *inter vivos* al perfeccionarse una facultad para cualquiera de los cónyuges en vida y una vez abierta la sucesión un derecho de preferencia en la adquisición de determinados bienes; Este contrato es oneroso, por cuanto el cónyuge beneficiado si desea ejercer la facultad de preferencia en la adquisición, debe pagar a los demás herederos el valor de los bienes apreciado el día que haga efectiva la facultad; Son irrevocables por la naturaleza contractual, pero tratándose de futuras herencias, pueden ser revocados unilateralmente si así se ha pactado; Son limitados o restringidos por la ley (en protección de la legítima), de tal manera que la facultad conferida por el contrato no debe afectar de ninguna manera el sistema de sucesión legitimaria; Es un contrato atípico, porque si bien la ley le otorga nombre y dispone algunas generalidades sobre su otorgamiento (Art. 1006 del Cod. Civil), sin embargo adolece de otras normas jurídicas que señalen sus requisitos de formación, regulación de efectos y extinción de los mismos, elementos mínimos imprescindibles omitidos en nuestra legislación que colocan indefectiblemente esta clase de contrato en la categoría de contratos atípicos (PIANTONI, 1978, p. 37).

Lamentablemente muy poco –*por no decir casi nada*- se ha escrito sobre esta clase de contrato, en la práctica es raramente utilizada y, de forma particular nunca hemos tenido la oportunidad de observar uno de estos contratos, ya sea en el diario vivir o en nuestra práctica profesional en tribunales, de ahí que nuestra jurisprudencia tampoco ha sentado ninguna línea en su entendimiento.

Ante tal aislamiento legal, doctrinal y jurisprudencial, debemos resaltar el trabajo del Villafuerte (1990, 279), que realiza un análisis sobre esta clase de contratos, en el cual –*en su parte más relevante, a efectos de la presente investigación*- concluye:

“En general, los contratos de adquisición preferente autorizados por el art. 1006, acusan similares deficiencias a las que muestran los contratos de sucesión futura permitidos por el art. 1005; por ejemplo, entre otras, fundamentalmente, la total ausencia de normas que regulen su formación, sus efectos, modificaciones, extinción, etc...El Art. 1006 –igual que el art. 1005-, discrepa del principio de revocabilidad que caracteriza al testamento, ya que al otorgar validez que caracteriza al testamento, ya que al otorgar validez a los contratos sucesorios, asienta un principio diversa: el de la irrevocabilidad del contrato (salvo la reserva del derecho de revocación unilateral o

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

mutuo disenso). Mientras el contrato requiere el consentimiento mutuo para su revocación (Art. 519), el testamento solo precisa la voluntad unilateral del testador. Es un acto esencialmente revocable hasta el último instante de la vida de su autor (art. 1112)...Los contratos de adquisición preferente entre cónyuges en sí mismos no constituyen grave riesgo para la familia o para los herederos forzosos llamados a la sucesión del de cujus, pues el supérstite, si desea adquirir los bienes que corresponden a aquellos, debe primeramente pagar su valor apreciado el día en que haga efectiva la facultad que nace del contrato; el peligro surge del aislamiento en que se halla el art. 1006, que introduce esta nueva figura en nuestro derecho de sucesiones. La falta de un conjunto de normas que regulen adecuada y coordinadamente su práctica, constituye inocultable amenaza con litigios en el seno de la familia e incluso respecto de terceros ajenos que, en suma, constituye uno de los fines esenciales en todo sistema de derecho hereditario y del derecho de familia...Considerando los antecedentes anotados, urge regular adecuadamente el art. 1006 del Código Civil o, alternativamente, su derogación...”

En conclusión, debemos admitir que ciertamente nuestra legislación prevé la permisibilidad excepcional de los contratos sobre sucesión futura en los dos supuestos expuestos, los cuales no se ven perjudicados, como algunos creen, por las disposiciones del Art. 1018 del Cod. Civil que estatuye: “Art. 1018.- (NULIDAD DE LA ACEPTACION DE LA RENUNCIA ANTICIPADA) Es nula toda aceptación o renuncia de la herencia instituida por una persona viva.”, como hemos tenido la oportunidad de analizar en el numeral 2 del capítulo IV de la presente tesis.

Sin embargo, estos dos casos permitidos tropiezan con un problema distinto a su permisibilidad legal, y es su manifiesta carencia de regulación normativa; ciertamente, estos contratos no se hallan respaldados por otras normas que permitan su normal inclusión y su correcta regulación en el ordenamiento jurídico boliviano.

No existen más normas que el Art. 1005 y 1006 del Cod. Civil, que nos permitan establecer los requisitos necesarios para determinar su existencia, su formación, su regulación de efectos, modalidades, de extinción, reglas comunes con los contratos en general y especiales como contratos *mortis causa*. A su vez, las reglas de los contratos en general (Art. 451 del Cod. Civil), no son del todo apropiadas para los contratos sobre sucesión futura, por la naturaleza especial de estos contratos y los efectos especiales *mortis causa* que producen.

*Capítulo IV. Los Contratos de Sucesión Futura en la Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia*

Estas deficiencias no pueden ser suplidas ni siquiera acudiendo a la fuente de la ley sustantiva civil, pues de la revisión de Las Bases y Plan General para la redacción del Proyecto del Código Civil de 1976 *-elaborado y publicado por la Comisión Codificadora-* no hace ninguna referencia sobre la regulación normativa que debieran contener respecto a la admisibilidad de los casos excepcionales de contratos sobre sucesión futura.<sup>12</sup>

A raíz de ello, tenemos que el aislamiento de las normas permisivas que revisamos, claramente inconexas con el demás sistema sucesorio de nuestro Código Civil de 1976. De ahí que, al otorgar algún contrato sobre sucesión futura está latente siempre un serio riesgo jurídico para los contratantes, pues, los presupuestos facticos o jurídicos, los requisitos de validez y de existencia no se hallan determinados y regulados por ley, siendo que en algunos casos es posible hallar respuestas en las normas que regulan los contratos en general, pero en muchos otros casos no, situación que daría lugar a un escenario no solo preocupante, sino también problemático.

Los contratantes podrían sufrir graves inconvenientes al pretender disponer de sus bienes de forma contractual mediante otorgación de un contrato sobre sucesión futura admitido por nuestra ley, pero que no halla respuestas ni brinda legalidad o seguridad, al momento de su ejecución. Un verdadero semillero de litigios.

---

<sup>12</sup> En ese sentido, la Comisión Redactora del Proyecto del Código Civil. (1972, p. s/n) establece en su 4ta Base: Principios y líneas fundamentales:

*“D) PRINCIPIOS DE TRANSMISION PATRIMONIAL POR CAUSA DE MUERTE...A la muerte de la persona su patrimonio se transmite a sus herederos o sucesores. En el Código vigente [refiriéndose al de 1831], este principio se explica como una expresión o prolongación de la autonomía privada (voluntad expresa del testador en la sucesión testamentaria, y voluntad presunta en la ab intestato). Se lo mantiene en el nuevo Código como medio de asegurar la certeza y continuidad de las relaciones patrimoniales y de afirmar los vínculos de familia, con las variantes que se indicaran.*

*Las líneas generales son:*

- *Conservación de la sucesión intestada y testada como formas de transmisión patrimonial “mortis causa”, con prioridad de la primera sobre la segunda por ser la más importante de nuestro medio social;*
- *Mantenimiento del sistema legitimario (determinación de la legítima de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge o conviviente supérstite);...”*

Como se observa, no existe siquiera referencia a la sucesión contractual.

## **CAPÍTULO V.**

### **LOS CONTRATOS DE ANTICIPO DE LEGÍTIMA.**

La costumbre jurídica de la sociedad boliviana ha hecho de los anticipos de legítima instrumentos jurídico contractuales comunes y frecuentemente utilizados, pero, a pesar de ello dicha figura jurídico contractual no ha merecido especial atención por la doctrina nacional, que, se ha dedicado a realizar estudios amplios respecto a temas conexos como la legítima y la acción de colación e, inmerso a ellos, ha tratado apenas en forma referencial sobre “los contratos de anticipo de legítima”.

Al respecto, algunos autores bolivianos han realizado estudios *-poco exhaustivos-* sobre los contratos de anticipo de legítima, todos ellos acogándose a la postura simplista que asimila dichos contratos cual si fueran simples donaciones a herederos forzosos.

Es en ese sentido que, PRIETO (1997, p. 86) superficialmente analiza: “Es necesario referirse en esta parte a las entregas que hacen los padres en favor de los hijos, de bienes mediante donaciones, entregas que constituyen verdaderos anticipos de legítima”. Por su parte, VILLAFUERTE (1990, p. 45) expone: “Adelantos o anticipos de legítima.-...Nuestro Código, mediante el art. 1254, considera que todos estos actos (donaciones) constituyen anticipos de herencia...Mas todavía el art. 1077-II impone al heredero forzoso a quien así ha beneficiado el de cujus, la obligación de imputar a su legítima dichas donaciones o legados, salvo que lo hubiere dispensado expresamente.” Finalmente, CASTELLANOS (2007, p. 402) formula: “toda donación realizada a un heredero forzoso constituye simplemente un adelanto de la sucesión...”, e incluso la antigua jurisprudencia nacional ya había sentado: “Son muy frecuentes los adelantos o anticipos de legítima que el causante puede disponer en favor de sus herederos forzosos (generalmente descendientes), sea mediante donaciones por actos entre vivos o incluso por testamento.” G.J. 1362, p. 20 (PIUCA, 1967, p. 35).

Por nuestra parte, si bien debemos reconocer que los contratos de anticipo de legítima tienen muchas similitudes con los contratos de donación y en alguna medida con los testamentos, mas consideramos que no son iguales o idénticas con ninguna de esas instituciones, creemos que los contratos de anticipo de legítima tienen rasgos y características propias en sus elementos de formación, efectos jurídicos y extinción, que hacen de esta una figura jurídica contractual única y

### *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

autónoma, no idéntica o subordinada a la donación tal si fuere una sub especie de la misma, como se cree actualmente.

Con el propósito de demostrar lo aseverado en el párrafo anterior, debemos partir del concepto de las liberalidades. En términos generales, “una liberalidad constituye un acto a título gratuito y cuando este acto se verifica inter vivos, toma la denominación de donación y constituye un acto bilateral, y si la liberalidad es mortis causa, se denomina legado y es acto unilateral” (PRIETO, 1997, p. 314), de tal manera que, liberalidad es uno de los varios modos de transmisión de bienes a título gratuito, es el género, mientras que el contrato de donación (*inter vivos*) o el legado mediante testamento (*mortis causa*) son especie. Ni la donación tampoco el legado es herencia. La herencia nunca es liberalidad. El contrato sobre sucesión futura en general, que tiene por objeto una herencia, no es liberalidad. El contrato de anticipo de legítima, cuyo objeto versa sobre la legítima de la herencia, definitivamente no es liberalidad. Ahí, nuestra primera diferencia entre las liberalidades, donación y legado, con el contrato de anticipo de legítima.

Las herencias constituyen universalidades, la sucesión responde a un conjunto unitario y orgánico de relaciones jurídicas activas y pasivas, la responsabilidad es siempre ultra vires, el heredero sustituye en la personalidad a su causante; mientras que en las liberalidades, la sucesión es a título particular respecto a un objeto, bien o bienes determinados, la responsabilidad es *intra vires*, quien recibe liberalidad sucede pero no sustituye la personalidad de su causante.

A pesar de todo ello, a nuestro juicio, el contrato de donación, testamento y contrato de anticipo de legítima encuentran zonas comunes entre sí, como también rasgos distintivos que hacen a cada una de ellas distinta, características propias que las hacen una figura jurídica independiente y autónoma a las demás.

Lo anterior no encuentra discusión en cuanto a los contratos de donación y los testamentos, sin embargo si con relación a los contratos de anticipo de legítima, a los cuales –*como hemos dicho*– se los califica de ser idénticos o, en el mejor de los casos, como una sub especie de los contratos de donación. A objeto de desvirtuar ello y demostrar lo aseverado en el párrafo anterior, realizaremos una breve labor descriptiva de los contratos de donación y de los testamentos, orientada a comparar y diferenciar con mayor precisión esos institutos jurídicos con el contrato de anticipo de legítima, que es parte de nuestro objeto de estudio.

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

### 1. Contrato de donación.

#### 1.1. Concepto.-

De acuerdo a COLIN Y CAPITANT (1949, p. 389): “La donación entre vivos es un contrato por el cual una de las partes, el donante, se desprende gratuitamente en vida en provecho de otro, el donatario”; Reconociendo esa naturaleza jurídica<sup>13</sup> contractual, nuestra legislación civil, ha realizado la siguiente noción: “La donación es el contrato por el cual una persona, por espíritu de liberalidad, procura a otra un enriquecimiento disponiendo a favor de ella un derecho propio o asumiendo frente a ella una obligación.” (Art. 655 del Cod. Civil).

#### 1.2. Características.-

##### 1.2.1. Contrato unilateral.-

La donación debe necesariamente perfeccionarse en forma de contrato y, de acuerdo al contenido del contrato, es uno de carácter unilateral, “...en los que las obligaciones surgen para una de las partes contratantes” (KAUNE, 2011, p. 75).

##### 1.2.2. Formal o solemne.-

El contrato de donación debe necesariamente ser otorgado con las formalidades que la ley prescribe, bajo pena de nulidad.

El fundamento de la solemnidad recae en dos argumentos. El primero, es proteger la voluntad del donante ante las tentativas de sugestión por parte de terceros o de realizar actos poco pensados o realizados por un apasionamiento irreflexivo de los que pueda arrepentirse después y, el segundo, es proteger los intereses de la familia respecto a donaciones

---

<sup>13</sup> La escuela francesa no encontró uniformidad, ha discutido –y discute aun- si la naturaleza jurídica de la donación es necesariamente un contrato, o si podría ser también un acto unilateral. En cambio, la escuela italiana ha sentado sin dudas que la donación es necesariamente un contrato. En ese sentido, MESSINEO (1971. & 139, pag. 5) conceptualiza que la donación es un contrato con prestación de un solo lado, en virtud del cual, una de las partes (donante), por espíritu de liberalidad, y, por tanto, espontáneamente, procura a la otra parte (donatario), un enriquecimiento (ventaja patrimonial): o transfiriéndole un propio derecho, o constituyéndole un derecho, o renunciando un derecho a favor de ella, o asumiendo, respecto de ella, una obligación, de dar, o de hacer, o de no-hacer. La legislación boliviana sigue lo sentado por su fuente italiana.

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

que pudieran disminuir gravemente el patrimonio familiar, situación conexas con el establecimiento del sistema legitimario de sucesión *mortis causa* (COLIN Y CAPITANT, 1949, p. 394).

Al efecto, las formalidades exigidas por nuestra, son 3:

- a) **El contrato de donación debe otorgarse en documento público, ante Notario de Fe Pública.-** Si bien esta regla no existía en el Derecho Romano, surgió en el antiguo derecho francés, siendo su razón de ser garantizar la irrevocabilidad de la donación<sup>14</sup>. Nuestra legislación, al igual que su fuente italiana (art. 1.056 Cod. Civil italiano), exige el documento notarial para todas las donaciones, independientemente si se tratase de bienes inmuebles o muebles (Art. 667-I del Cod. Civil), salvo donación manual.
- b) **La aceptación de donatario debe constar de forma expresa en el mismo documento o en otro posterior, también notarial que sea notificado al donante.-** Este requisito no es únicamente consecuencia de la característica contractual o bilateral del contrato de donación, sino también una solemnidad más. Esta formalidad, está también ligada al deseo del legislador de hacer las donaciones más solemnes y por tanto más difíciles. (Art. 668-I del Cod. Civil)
- c) **Tratándose de bienes muebles, es necesario adjuntar una valoración de los bienes donados firmada por el donante y donatario, a la matriz del documento público.-** Esta formalidad tiene por finalidad impedir que el donante vuelva a tomar los bienes que había tenido anteriormente la intención de donar, o reducir la

---

<sup>14</sup> Según COLIN Y CAPITANT (1949, p. 574) esta formalidad era desconocida en el Derecho Romano, no se exigía para las donaciones *inter vivos* ninguna solemnidad, ni siquiera la redacción de documento. En cambio, en el antiguo derecho francés, el objetivo de la formalidad era evitar la revocación arbitraria de las donaciones reteniendo en su poder el documento de donación o poniéndolo en mano de una persona de su confianza que no lo entregue al donatario (POTHIER, 1821, p. N° 130); Para quitar ese medio de "revocabilidad" al donatario, se exigió que quede un extracto o matriz de la donación en manos de un Notario, persona publica sobre quien el donante no tiene autoridad. Contemporáneamente, existen otras legislaciones que exigen esta formalidad solo para bienes inmuebles pero no para bienes muebles (Art. 243 Código Civil Suizo) o solo para bienes inmuebles que excedan de cierto valor determinado (Art. 1459 Código Civil Portugués); Incluso hay legislaciones que dispensan de este requisito, entre ellas la legislación inglesa y austriaca.

## *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

donación entregando bienes de menor valor, cosa que sería posible si no hubiera expresado la estimación de cada uno de esos bienes en un documento anexo al de donación. (Art. 667-II del Cod. Civil)

### **1.2.3. Irrevocable.-**

La irrevocabilidad de la donación, implica que el donante no puede reservarse el derecho de volver de una manera directa o indirecta sobre lo que ha donado. Esta característica surge de la máxima “No es válido donar y retener”. Sobre ello, MESSINEO (1971, p. & 139, pag. 7) expresa que, “...El sentido moderno del requisito de la irrevocabilidad se aprecia considerando que, en cuanto la donación es un contrato, tiene su fuerza obligatoria; y por eso, no podría ser reducida a la nada por voluntad unilateral del deudor (donante), precisamente mediante revocación.” Ciertamente, la irrevocabilidad es uno de los rasgos más distintivos de este contrato.

### **1.2.4. Gratuito.-**

Son aquellos en los que las ventajas son creadas para una sola de las partes y en ausencia de compensación para la otra. De acuerdo a KAUNE (2011, p. 80) : “En estos contratos una de las partes, movida por un fin desinteresado y con el ánimo de efectuar una liberalidad, beneficia a la otra a sabiendas de que no recibirá nada en compensación, siendo las ventajas para una sola de las partes contratantes...”, bajo cuyos parámetros, se enmarca el contrato de donación.

### **1.2.5. Personalísima.-**

La donación debe ser obra directa del donante, lo que quiere decir que la donación no puede provenir de persona diversa que no sea aquella cuyo patrimonio se disminuye, tampoco es concebible que la elección del donatario no provenga de ella. Sin embargo ello no significa, que el contrato no pueda realizarse mediante representación convencional o mandato, siendo perfectamente posible dicha situación.

De las características que acabamos de citar nacen las reglas esenciales que rigen las donaciones, o si se quiere, las reglas esenciales de las donaciones son las que configuran sus características. Estas reglas, son las siguientes:

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

- a) **La forma de las donaciones.-** Que responde a la característica de formalidad o solemnidad.
- b) **“No es válido donar y retener”.-** Esta regla surge en el antiguo derecho francés, la cual significaba dos cosas: **1)** la donación no quedaba perfeccionada hasta que el donante haya hecho la tradición de la cosa donada al donatario y **2)** la donación debía conservarse irrevocable, el donante no tenía derecho a reservarse ninguna facultad mediante la que pudiera recuperar posteriormente lo donado.<sup>15</sup>

Actualmente, la característica de irrevocabilidad de la donación viene a reemplazar y reforzar el papel que antes representaba la tradición de los bienes donados. Así, el donante no se ve obligado a entregar inmediatamente las cosas donadas, pero debe despojarse irrevocable y definitivamente de la propiedad de esas cosas, sin opción a reservarse la facultad de volverlas a tomar en el futuro.

- c) **Los efectos *inter vivos* que producen.-** La donación es un contrato que produce únicamente efectos *inter vivos*, no así efectos *mortis causa*.

---

<sup>15</sup> El efecto pretendido por la regla “no es válido donar y retener” en el derecho francés era obligar al donante a desposeerse inmediatamente de los bienes donados. POTHIER (citado por COLIN Y CAPITANT, 1949, p. 606) expresa que esta regla hacía el ejercicio de la donación más difícil, nadie podía válidamente donar si no se desprendía al tiempo de la donación de la cosa donada, privándose para siempre de la facultad de disponer de ella. De esta regla de irrevocabilidad, se abstraía las siguientes consecuencias negativas (prohibiciones): **1)** No pueden donarse los bienes futuros, porque en sentido más técnico comprendería la transferencia de herencia, cayendo esta situación a la prohibición de contratos de sucesión futura. **2)** Está prohibida la donación hecha bajo condición cuya ejecución dependa únicamente de la voluntad del donante, porque implicaría reserva de recuperar lo donado. **3)** No pueden hacerse donaciones con carga de pagar las deudas que el donante contrajera en el futuro, porque importaría reserva de la facultad (arbitrio) de reducir a nada la donación, bastando al donante contraer obligaciones que absorbieran el valor de lo donado. Sin embargo, no está prohibida la carga de pagar las deudas actuales porque es fácil determinar su cuantía.

Pese a que las siguientes cláusulas podrían generar duda, en realidad son compatibles con la regla “no es válido donar y retener”: **1)** La reserva de usufructo en beneficio propio del donante, respecto a los bienes donados. **2)** La estipulación que los bienes donados volverán al donante si el donatario muere antes. **3)** La donación con la condición suspensiva de que el donatario sobreviva al donante. Los dos últimos supuestos se tratan de donaciones se han consumado de forma actual pero están supeditadas a una condición resolutoria, que no depende de la voluntad del donante.

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

**d) Las causas particulares de revocación.-** Si bien el contrato de donación puede ser afectado por las formas ordinarias de invalidez de los contratos en general (nulidad y anulabilidad), la ley prevé causas específicas o especiales de extinción, tales como la revocación por ingratitud.

**1.3. Clases.-**

Dependiendo la óptica con la que se analicen los contratos de donación, podemos clasificarlas:

**1.3.1. De acuerdo a la clasificación que la ley establece.-**

Aunque no de forma ordenada, la legislación boliviana establece las siguientes clases de donación:

- a) Donación pura y simple.-** Es aquella a la que ya nos hemos referido en el concepto, es decir, aquel contrato en el que el donante por espíritu de liberalidad procura al donatario un enriquecimiento, transfiriendo o constituyendo un derecho propio a su favor. Opera al simple cumplimiento de los requisitos constitutivos del contrato y las formas exigidas por ley.
- b) Donación remuneratoria.-** Son aquellas que se hacen en reconocimiento de los servicios prestado por el donatario al donante. MESSINEO (1971, p. & 139, pag. 43), con mayor precisión la define como la liberalidad hecha, **1)** por reconocimiento, **2)** en consideración de los méritos del donatario y **3)** por especial remuneración. Bajo esas tres figuras, la peculiaridad está constituida por la relevancia de móviles particulares que operan sobre el ánimo del donante; de carácter afectivo o ético en los dos primeros casos y de naturaleza económica en el tercero.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> La donación remuneratoria tiene los siguientes presupuestos especiales: **1)** La pre existencia de servicios que hayan sido realizados por el donatario al donante. **2)** Esos servicios deben ser estimables en dinero. **3)** Esta forma de donación es onerosa, pero gratuita en la medida del excedente de la equivalencia; Solamente en el excedente se constituye donación, si no existiera este nos encontraríamos frente a un pago común y corriente. Especial es la situación de la donación remuneratoria por méritos del donatario, por el carácter subjetivo de los mismos no hay forma de ingresar a una valoración pecuniaria o valor de compensación. De ahí que, cualquier

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

- c) **Donación con carga.-** La donación también puede realizarse bajo el elemento accidental que es la carga, en cuyo caso nos encontramos frente a una donación bajo modalidad, onerosa en parte.

GARRIDO Y SAGO (1998, p. 471) expresan: “Las donaciones pueden hacerse con cargos que sean en el interés del donante, o de un tercero, sea el cargo relativo al empleo, o al destino que debe darse al objeto donado, sea que consista en una prestación cuyo cumplimiento se ha impuesto al donatario.”

La naturaleza jurídica de la carga en las donaciones es una prestación accesoria establecida mediante modalidad. La carga, sin que interese su importancia económica, no deja de ser un elemento accidental o simple modalidad del contrato, que limita el valor que recibe el donatario, pero que en ningún caso, debe sobrepasar el valor del bien donado. Precisamente por estas circunstancias, la donación con carga no puede considerarse nunca un negocio jurídico contractual bilateral, el cargo es siempre accesorio.

- d) **Donación manual.-** La donación manual se entiende como: “La donación que tiene por objeto bienes muebles de valor módico es válida siempre que haya habido tradición aun cuando falte el documento público.” (Art. 669-I del Cod. Civil).

La tradición, en donación manual o donación hecha en mano como también se la conoce, representa el papel esencial, conjuntamente el acuerdo de las voluntades del donante y del donatario, ya que están exentas de formalidad.<sup>17</sup>

---

entrega de liberalidad a título de donación, es gratuita y no se discute el carácter del negocio jurídico.

<sup>17</sup> La donación en mano es una de las formas jurídicas más utilizadas desde tiempos antiguos. MESSINEO (1971, p. & 139, pag. 26) justifica la política legislativa que aconseja librar la donación manual de la forma solemne, argumentando el bajo valor económico de la donación que no perjudica sensiblemente a la consistencia del patrimonio del donante, resultando injustificado el exceso de formalismo. En el mismo sentido GARCIA GOYENA (1972, p. 468) es partidario de la exención de la formalidad, manifestando que no es posible proscribirlas porque equivaldrían a quitar al hombre uno de sus derechos más naturales, el de dar gratificaciones y hacer regalos para ejercer actos de generosidad y recompensar en el acto mismo los servicios recibidos, cuestiona ¿Podría obligarse a las partes a constituirse en presencia de un notario para hacerse el

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

**1.3.2. De acuerdo a la manera de transferir lo donado.-**

Según la forma de transferir mediante donación, esta podrá ser directa o indirecta.

- a) **Donación directa.-** Es aquella a la que nos hemos estado refiriendo constantemente, a la donación simple, remuneratoria, con cargo y manual. En general, “Es el contrato por el cual le transmite la propiedad de uno o varios de sus bienes –donación por documento notarial-. Esta es la donación propiamente dicha o donación directa” (COLIN Y CAPITANT, 1949, p. 390).
- b) **Donación indirecta.-** Es aquella que no se realiza por un negocio jurídico de donación en sentido estricto, sino mediante otro acto o contrato distinto, pero que resultan donaciones indirectas por el *animus donandi* por el que se realizan.<sup>18</sup> Debe aclararse que no existe como tal la figura de donación indirecta, como categoría.
- c) **Donación inter vivos.-** Son todas aquellas formas y clases de donaciones nominadas o previstas por la legislación boliviana, pues en todos los casos producen sus efectos principales en vida de los contratantes, de ahí que, reciba la denominación de contrato de donación inter vivos.

---

más insignificante regalo? Por todo ello, la tradición es el elemento fundamental o medular del contrato de donación manual, sin duda se trata de un contrato con efectos reales (Art. 521 del Cod. Civil).

De notable importancia es el aspecto de la modicidad, un dato objetivo si partimos del valor intrínseco del regalo, sin embargo la modicidad debe valorarse también en relación a las condiciones económicas del donante, aspecto netamente subjetivo.

<sup>18</sup> La existencia de la donación indirecta requiere duplicidad de causa, por la cual se producen al mismo tiempo, un efecto oneroso directo (el cual es el efecto principal) y un efecto de liberalidad indirecto (efecto secundario). El acto o negocio jurídico es único, aunque tenga causa doble y produzca efectos de onerosidad e indirectamente también de gratuidad. La donación indirecta sigue un procedimiento directo, es decir, recurre a una operación jurídica de naturaleza diferente a la donación, pero en realidad la emplea con el propósito de beneficiar al donatario. Ejemplos son, la remisión o condonación, la renuncia a una sucesión abierta o legado con el fin de favorecer a otro heredero o legatario, estipulación por otro.

La donación indirecta es fuertemente cuestionada porque en los casos que se expresa mediante actos unilaterales, tal el caso de la renuncia a una herencia, resulta visiblemente contraproducente a la naturaleza jurídica contractual de la donación.

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

- d) **Donación mortis causa.-** En otras palabras, la donación que produce efectos una vez que el donatario fallezca, clase de donación no permitida en nuestro sistema jurídico civil.

Sin embargo, dicha figura jurídica existe y es permitida en otras legislaciones de corte o influencia germánica. En las legislaciones con orientación romanista, como la nuestra, la donación mortis causa no está permitida principalmente porque implicaría la conservación de la cosa donada, contraviniendo la regla “no es válido donar y retener”.<sup>19</sup>

#### 1.3.3. Otras variedades de donación.-

Fuera de los casos revisados, encontramos otras variedades de donación, la mayoría de ellas en la legislación comparada. Así tenemos:

- a) **Donaciones a heredero forzoso.-** Son aquellas que realiza el donante, con la previsión de que el donatario pueda llegar a concurrir a la sucesión del donante en calidad de “heredero forzoso”, si este así lo desea una vez abierta la sucesión. Esta clase de donación puede realizarse bajo condición de “dispensa de colación”, la cual tiene efecto en caso de materializarse la concurrencia del donatario a la sucesión, surgiendo como efecto la imputación de lo donado a la porción disponible del causante, sin afectar la cuota de legítima que le correspondería al heredero.

En caso que el donatario concorra a la sucesión del donante sin que en la donación previa se haya pactado la condición de “dispensa de colación”, lo donado se imputa a la porción de legítima que le corresponde al heredero forzoso donatario, como efecto de la colación. (Art. 1254 del Cod. Civil).

---

<sup>19</sup> SANTORO-PASSARELLI (1950, p. 385) justifican la prohibición de la donación *mortis causa* porque es desconocida en las legislaciones de corte romanista; de cualquier manera, de ser admitida, importaría la conservación de la propiedad de la cosa donada en el donante hasta el momento de su muerte y hasta ese momento sería revocable a arbitrio del donante; mientras que la donación verdadera y propia (entre vivos) implica traspaso inmediato al donatario de la cosa debida y no es revocable más que por causas taxativas. Además la donación *mortis causa* caducaría en caso de premoriencia del donatario, mientras que la donación *inter vivos* seguiría siendo eficaz aun después de la muerte del donatario, salvo el pacto de reversibilidad.

## *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

- b) Donaciones encubiertas.-** También denominada donación disfrazada, simulada o encubierta bajo la figura de un supuesto contrato oneroso. Esta clase de donación tiene íntima relación con la donación indirecta. Según MESSINEO (1971, & 139 p. 46): “Se trata de un caso típico de simulación relativa de contrato, en cuanto las partes recurren al uso de contratos a título oneroso (de ordinario, venta) para escapar a las prohibiciones de donación...y para conseguir igualmente la finalidad querida...”, de tal manera que supuesto comprador no paga ningún precio, adquiriendo la cosa vendida, que en realidad fue donada.
- c) Donación fiduciaria.-** Es aquel acto o contrato de donación mediante la que el donante enriquece al donatario efectivo (fiduciario, o sea manifiesto; pero este asume la obligación de devolver a otro (donatario secreto) una parte o todo el valor de la cosa que se ha donado, siendo precisamente este último aspecto el que distingue a este tipo de donación (MESSINEO, 1971, & 139 p. 47).
- d) Donación mixta.-** La que se entiende como “...aquel contrato por efecto del cual una de las partes recibe una prestación, dando una contra prestación que consiste en una compensación parcial e inferior al valor de la prestación que recibe” (MESSINEO, 1971, & 139 p. 49), hay aquí propósito de liberalidad, en cuanto a la parte de prestación que excede de la relación de equivalencia entre las dos prestaciones.
- e) Donación mutua.-** Son aquellas en que dos o más personas se hacen donación, recíprocamente, en un solo y mismo acto. Existe el propósito de mejora del patrimonio de cada donatario, pero no constituye un contrato bilateral; por el contrario, son dos o más contratos unilaterales, donde su influencia recíproca no revisten el carácter de contraprestación, de allí la diferencia con la permuta y la compraventa.

### **1.4. Elementos y requisitos de formación del contrato.-**

#### **1.4.1. Consentimiento.-**

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

Como en todo contrato, es necesario que las voluntades de los contratantes –*donante y donatario*- coincidan y se integren para la formación del consentimiento, elemento que da origen al contrato.

GARRIDO Y ZAGO (1998, p. 450), expresan “...el entrecruzamiento que hace válido el contrato a partir del momento en que se ha prestado o formado el consentimiento, y que da pie para aceptar que la donación es un acto entre vivos...ratificando que es la aceptación la que dará nacimiento a la relación contractual” Equivale decir, la formalización del contrato de donación no producirá ningún efecto hasta el día en que la oferta de donación haya sido expresamente aceptada y el documento en el que conste esa aceptación haya sido notificado al donante. La oferta y la aceptación deben estar insertos en documento notarial, por la forma, claro está.

#### 1.4.2. Capacidad.-

La capacidad es entendida como “la aptitud o idoneidad que tienen las personas naturales o jurídicas para adquirir derechos subjetivos, ejercerlos y contraer obligaciones” (KAUNE, 2011, p.139), de la cual se desprende la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, que resultan en ambos casos, poderes jurídicos que otorga el ordenamiento jurídico a las personas.

La capacidad (de obrar) de las personas es requerida para la celebración de los contratos en general (Art. 483 del Cod. Civil) y, concretamente para hacer una donación inter vivos; también se exige capacidad de donar (Art. 660 del Cod. Civil), la cual se tiene cuando el sujeto posea la plena capacidad (general) de disponer. La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Como toda regla, la capacidad tiene su excepción en los casos previstos de incapacidad – *entendida como incompatibilidad por algunos autores*-, que se clasifican de la siguiente manera:

#### **Clasificación con relación al alcance o intensidad de la prohibición:**

**a) Incapacidades absolutas.-** Existentes erga omnes, es decir aplicable a todos los casos. Así tenemos a los menores de edad o los declarados interdictos.

**b) Incapacidades relativas.-** Son aquellas referentes a personas determinadas, tal el caso de los tutores y los padres a recibir de su pupilo o su hijo.

#### **Clasificación en razón del contratante:**

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

**1.4.2.1. Representación convencional de las personas capaces.-**

La representación convencional de cualquier persona capaz de otorgar contrato de donación es perfectamente válida y legal, es decir, cualquier persona capaz de donar puede intervenir en el perfeccionamiento del contrato por si o mediante mandato.

El **mandato del donante**, debe ser expreso y claro respecto a la identificación de la persona o personas que se beneficiaran como donatarios, el objeto cosa de la donación y las condiciones en las que se debe realizar el negocio jurídico. Solo así, se asegura que la voluntad de donar del mandatario se exprese en el contrato de donación. Razonar en contrario, implicaría una vulneración al carácter personalísimo del contrato de donación, un mandato genérico resultaría siendo una tácita delegación del donante a un tercero (mandatario), de la facultad y el arbitrio de realizar donación en su nombre, a personas que quizá el donante no conozca y a quienes no tiene intención de enriquecer.

En cambio el **mandato del donatario**, simplemente requiere mandato especial para aceptar la donación o mandato general para aceptar todas las donaciones que le hubieren hecho o pudieren hacerle.

**a) Incapacidades para disponer.-** Los menores de edad y los interdictos, por su incapacidad de obrar, no pueden otorgar directamente ninguna clase de contrato (Art. 484-I del Cod. Civil). La prohibición para la donación es mayor, están prohibidos de otorgarlo directa o indirectamente, incluso mediante sus representantes legales, padres o tutores (Art. 662-1) del Cod. Civil), bajo pena de nulidad. En cambio, sus representantes legales pueden aceptar la donación en favor de sus representados, cuando sea pura y simple y con autorización del Juez (Art. 662-2) del Cod. Civil). La incapacidad es extensiva incluso a quien, no estando sujeto a interdicción declarada, fuese incapaz de entender o de querer (incapacidad denominada natural) en el momento en que hacia la donación.

**b) Incapacidad para recibir.-** Consistente en la prohibición que hace la ley a algunas personas de participar en calidad de donatarios. Su inobservancia se sanciona con nulidad por ser ilícitas. Son incapaces para recibir donación los siguientes: **1)** El tutor del donante, hasta que la rendición de cuentas de la tutela sea aprobada o, se extinga la acción para pedir judicialmente la misma. **2)** Los padres del donante menor de edad, hasta que este no alcance la mayoría de edad y, consecuente, capacidad de obrar para realizar la donación por sí mismo, si así lo desea. **3)** El cónyuge cuando el donante sea el otro cónyuge, mientras el matrimonio o la unión libre duren, exceptuando las que se realicen conforme a los usos (donaciones manuales, que no sobrepasen ciertos límites de valor, es decir que los bienes sean de valor “módico”).

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

En suma, ni el donante tampoco el donatario están obligados a concurrir al otorgamiento y pueden hacerse representar por un mandatario, previo cumplimiento de las condiciones referidas.

### 1.4.3. Objeto.-

En este acápite no nos referiremos al objeto como operación jurídica, que ya conocemos que es la transferencia de un bien mediante la liberalidad de donación. En cambio, si nos interesa referiremos al objeto cosa, bien material o inmaterial sobre el que recaerá la operación jurídica.

El objeto cosa de la donación, puede ser, la propiedad de una cosa o también un derecho, un crédito antes inexistente y al que se da origen mediante donación, la constitución de usufructo o incluso una renta vitalicia o prestaciones periódicas (MESSINEO, 1971, p. & 139, pag. 17 y 19).<sup>21</sup>

### 1.4.4. Causa.-

Siguiendo a MESSINEO (1971, p. & 139, pag. 8) es posible: "...identificarse la causa de la donación (causa donandi) en el enriquecimiento que el donante procura al donatario, sin recibir compensación y para beneficiarlo, y que este último acepta a igual título." Se dice que el *animus donandi*, es la intención generosa inspiradora del donatario, que no

---

<sup>21</sup> Recordemos, el objeto cosa de la donación debe ser un bien presente, que a la fecha de la donación forme ya parte del patrimonio del donante; si se tratara de un bien futuro, la donación es nula (Art. 658-II del Cod. Civil), también es nula la donación de cosa ajena (Art. 658-I del Cod. Civil) por carecer de los caracteres de actualidad y de irrevocabilidad.

La donación de una universalidad de cosas puede entenderse como la donación de universalidad de hecho (biblioteca, pinacoteca, colección, etc.). Mientras que la donación de una universalidad de derecho, pese a que la ley lo prevé taxativamente (Art. 657 del Cod. Civil), es dudosa su permisibilidad, por ejemplo de una herencia o una cuota de ella. En realidad, la mayoría de los autores entiende que lo que se transfiere a título de donación no es la cualidad de heredero – porque en ese caso estaríamos en presencia de un contrato de sucesión futura institutivo, nulo-, sino que debe entenderse como la transferencia de un conjunto patrimonial, que viene a descomponerse en tantas donaciones de bienes singulares, de tal manera que podría hablarse de donación de universalidad en un sentido impropio, resultante de la suma de varias donaciones singulares.

### *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

puede ser separada del pensamiento predominante que lo ha promovido.

No debe confundirse la causa con el motivo de la donación. La distinción radica en que, la causa (*causa donandi*) es un dato objeto consistente en enriquecer al donatario sin compensación y para beneficiarlo; mientras que el motivo (*causa donationis*) es un variable, comprende el móvil particular siempre existente que induce al donatario a realizar dicho acto, por ejemplo proporcionar placer al donatario, o subrayar el particular vinculo respecto del donatario, o inducir al donatario a realizar alguna cosa que espontáneamente no haría, o por reconocimiento, o espíritu de vanidad, otros (MESSINEO, 1971, p. & 139, pag. 8).

#### **1.4.5. Forma.-**

Sobre la vital importancia de la formalidad, nos remitimos a lo expuesto en el punto 1.2.2. del capítulo V, del presente trabajo de investigación.

#### **1.5. Efectos.-**

Es necesario recordar que la donación es un contrato de efectos inter vivos, no así mortis causa. Además de constituirse en contrato de efectos unilaterales, siendo los principales los siguientes:

- a) La transferencia y la adquisición del derecho por parte del donatario respecto a la cosa donada, aun sin tradición de las cosas o de los créditos que son objeto del contrato. Esto a su vez, para el donatario significa la constitución de un verdadero y propio derecho de crédito o un derecho real, dependiendo cual el objeto del contrato. Indudablemente es un contrato con efectos reales (Art. 521 del Cod. Civil).
- b) Para el donante, además, emerge también responsabilidad, aunque limitada en caso de dolo o culpa grave, por el incumplimiento o retardo en la ejecución de la donación.

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

- c) El donante está exento de garantía o responsabilidad por evicción de las cosas donadas, salvo en casos particulares.<sup>22</sup>
- d) Para el donatario, surge la obligación de cumplir con la carga en la forma pactada en el contrato, teniendo el donante la facultad de exigir su cumplimiento judicialmente ante la eventualidad de su incumplimiento.

### 1.6. Modalidades.-

El contrato de donación puede ser pactado con elementos accidentales o modalidades, entre las que tenemos la condición y el plazo.

#### 1.6.1. La condición.-

La palabra condición, significa, como sabemos, un acontecimiento futuro e incierto del cual depende, bien el nacimiento (condición suspensiva) o bien la extinción (condición extintiva), de un negocio jurídico. Como bien expresan GARRIDO Y ZAGO (1998, p. 468): "...puede ponerse una cláusula suspensiva o resolutoria, pero no será válida si la condición, de alguna manera, queda sujeta a la voluntad directa del donante de poder revocar, neutralizar o restringir en sus efectos la donación. Esa condición puramente potestativa genera la nulidad de la donación"

Las condiciones imposibles y las contrarias a la ley y buenas costumbres se reputaran como no escritas.

#### 1.6.2. El plazo.-

Entendido como aquel acontecimiento futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho. Es producido por un interés en diferir o limitar en el tiempo la realización o practica de un derecho, haciéndola comenzar o cesar en una determinada fecha, imponiéndole un término (BETTI, 2000, p. 478).

---

<sup>22</sup> Excepcionalmente se debe garantía o responsabilidad de evicción en los casos siguientes: **1)** Que se haya pactado expresamente. **2)** Si se trata de donación con cargo o remuneratoria, la garantía se debe hasta la concurrencia del monto de las cargas impuestas. **3)** Que el donante haya dado causa, contribuido o en su caso constituido el derecho del tercero reivindicante sobre la cosa donada, con dolo o hecho personal. **4)** Que el donante haya incurrido en dolo, es decir haya donado intencionalmente una cosa afectada de vicio.

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

Concretamente el contrato de donación, puede llevar consigo termino inicial o final, siempre que el futuro evento cierto no dependa exclusivamente del donatario, ni afecta las reglas esenciales de la donación como el de irrevocabilidad.

#### 1.6.3. La carga.-

La carga es toda obligación accesoria impuesta por el transmitente donante al favorecido donatario y que tiene por objeto sujetar los bienes donados o los legados a una determinada prestación o acción positiva o negativa (un hacer o un no hacer) por parte del donatario a favor del mismo donante o un tercero. Desde el punto de vista estructural no deja de ser un elemento accidental y por ello la naturaleza del negocio jurídico de liberalidad no se muta, aun si la carga es onerosa.<sup>23</sup>

Si la carga fuera imposible o ilícita, se considera como no puesta, a menos que ello haya constituido el motivo determinante de la liberalidad, en cuyo caso la donación es nula (Art. 676 del Cod. Civil)

#### 1.7. Formas de extinción.-

Como todo contrato, el contrato de donación puede extinguirse por diversas causas. Examinemos:

- a) **Por nulidad.-** Como la sanción prevista por ley a los actos y negocios jurídicos que no cumplen con los requisitos o elementos esenciales de

---

<sup>23</sup> La imposición de cargas a la donación, está sujeta a tres reglas: **a)** La carga no puede sobrepasar el valor del bien donado; si lo sobrepasa, la obligación queda limitada al valor indicado de la donación. **b)** En el caso de no espontaneo cumplimiento de la carga, todo interesado e incluso el donante puede accionar para constreñir al donatario. **c)** Es posible la resolución de la donación a causa del incumplimiento de la carga, siempre que se haya pactado expresamente en el contrato. Si no fuera así, no queda más remedio que el cumplimiento coactivo y dentro de los límites en que sea ejercitable.

La carga es muy parecida a la condición resolutoria, ninguna impide que la liberalidad surta sus efectos y pueden acarrear la resolución del vínculo jurídico contractual, pero, la diferencia es que la condición resolutoria (parte intrínseca de la voluntad de donar) una vez cumplida, produce la resolución del contrato como efecto de pleno derecho, mientras que el no cumplimiento de la carga (clausula accesoria autónoma aunque dependiente del contrato principal) no ocasiona por si sola la resolución del contrato, porque su contenido queda fuera del contenido propio de la donación, salvo pactado en contrario expreso.

### *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

formación o transgreden normas jurídicas imperativas, su consecuencia es la invalidez absoluta (imprescriptible, insanable, de orden público) del acto o negocio jurídico.

Respecto al contrato de donación, Entre otras causas de nulidad tenemos la falta o inobservancia de la forma solemne del contrato; inidoneidad del objeto (bien futuro); por ser contraria a la ley (donación entre cónyuges); por la incapacidad para recibir (casos del tutor y de los padres en calidad de donatarios del pupilo e hijo menor de edad, respectivamente); por defecto de legitimación para donar (representante legal, o del mandatario, en este último caso la nulidad afecta la mandato y, de reflejo, a la donación que eventualmente se haga); por ilicitud o imposibilidad de carga, siempre y cuando la carga resulte el motivo único, determinante de la donación, aspecto que hace nula a la donación.

- b) Por anulabilidad.-** Como la forma de invalidez del acto o negocio jurídico, por vicios coetáneos al nacimiento de este, previstas por ley y sancionada con su invalidez (prescribe, subsanable, de orden privado).

Son causas de anulabilidad de donación, la incapacidad legal o natural del donante (los casos singulares de incapacidad); el error-motivo. (de hecho o de derecho) cuando el motivo resulte del acto de donación y sea el único que ha determinado al donante a cumplir la liberalidad, da a dicho donante la acción de anulación; los vicios de la voluntad, dolo violencia sufridos por el donante.

- c) Por ineficacia.-** Algunos motivos de ineficacia, son, si se hace a entidad no-reconocida y no se observa lo dispuesto por el Art. 664 del Cod. Civil; si es lesiva a la legítima, en cuyo caso debe atacarse a la donación por acciones de colación o reducción (caso ineficacia relativa).

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

**d) Por revocación.-** La revocación de la donación, se admite en los casos taxativamente previstos por la ley (Art. 679 y 1009 del Cod. Civil), todos ellos referidos a la ingratitud del donatario.<sup>24</sup>

Por lo normal, no es posible la resolución del contrato de donación, toda vez que dicha forma de extinción de los contratos, en sus tres formas, está prevista para actos o contratos bilaterales sinalagmáticos perfectos, no así para contratos que crean obligaciones únicamente para una de las partes, como el contrato de donación, salvo algunas excepciones.<sup>25</sup>

## 2. Los testamentos.

### 2.1. Concepto.-

El testamento es el acto jurídico unilateral, solemne, de última voluntad por el cual el testador realiza disposiciones patrimoniales y/o extrapatrimoniales, para que sean ejecutadas después de su muerte. MESSINEO (1971, p. & 181, pag. 71), puntualiza: "...es un acto de disposición por causa de muerte; es un medio de atribución patrimonial que opera mediante la institución de heredero o la atribución de legado."

---

<sup>24</sup> Las causas de ingratitud del donatario son siempre legales, concurre cuando el donatario haya cometido contra el donante uno de los siguientes hechos: **1)** Haber sido condenado por haber voluntariamente dado muerte o intentado matar al donante, a su cónyuge, ascendientes o descendientes, o a uno cualquiera de sus hermanos o sobrinos consanguíneos, incluso en calidad de cómplice. **2)** Haber acusado al de donante, a su cónyuge, ascendientes o descendientes, o a uno cualquiera de sus hermanos o sobrinos consanguíneos de un delito grave que podía costarles la libertad o la vida, y la acusación es declarada calumniosa; o bien ha testimoniado contra dichas personas imputadas de ese delito, y su testimonio ha sido declarado falso en juicio penal. **3)** Cuando el donatario ha difamado o injuriado o producido perjuicio grave en el patrimonio del donante. Cualquiera de los casos expuestos, presupone la existencia de una donación válida que, por eventos sobrevinientes, es objeto de retractación.

<sup>25</sup> Es posible la resolución del contrato de donación, si es que así se estipula expresamente en los siguientes casos: **1)** Si sobrevienen hijos al donante que a momento de celebrar el contrato no tenía hijos. (Art. 672 del Cod. Civil) **2)** El incumplimiento de la carga impuesta a la donación. (Art. 675 del Cod. Civil). En ambos casos, la resolución tiene efectos retroactivos, resuelve la enajenación de los bienes donados y deben restituirse al donante libre de hipotecas y gravámenes (Art. 673 del Cod. Civil).

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

A diferencia de la sucesión legal *-que resulta del orden legal establecido por la ley para el llamamiento y adquisición de la herencia-*, la sucesión testamentaria es fuente de llamamiento específico, que emerge de la voluntad del titular del patrimonio, para después su muerte. El testamento da lugar a la vocación sucesoria voluntaria.

### 2.2. Características.-

#### 2.2.1. Acto unilateral y personalísimo.-

Los actos jurídicos son unilaterales cuando la voluntad de una sola persona basta para su formación u otorgamiento. Según AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI (1948, p. 350 &27): “El testamento es estructuralmente un acto jurídico unilateral porque entre sus condiciones de existencia y validez se sitúa la sola voluntad del testador sin requerirse el concurso de la voluntad del otro”.

De lo anterior, se desprende también que es un acto personalísimo y, en ese sentido, el testamento debe ser expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede delegar ni otorgar mandato a otro para testar en su nombre, tampoco es permitido que deje alguna de las disposiciones testamentarias al arbitrio de un tercero. Por el contrario, algunas legislaciones con orientación germana *-que por cierta influencia romana introdujeron los testamentos a su legislación-* dieron lugar a los testamentos conjuntos, que gozan de forma contractual, no aceptada en el derecho francés ni en el italiano, consecuentemente, tampoco en nuestra legislación boliviana.

#### 2.2.2. Acto jurídico de última voluntad o *mortis causa*.-

Los actos de última voluntad son aquellos que deben producir sus efectos después del fallecimiento de quien emanan, por ello, se dice que producen efectos *mortis causa*. CICU (1959, p. &6 pag. 22) expresa: “El testamento como las disposiciones que contiene, requieren para su eficacia, la muerte del otorgante: esta viene a ser, en suma, la *condictio iuris* de tal eficacia”. De ahí que se los alude como actos “por causa” de muerte o *mortis causa*. Bajo ese entendimiento, el testamento no produce ningún efecto, ni siquiera *expectatio*, sino hasta el día de la muerte del testador.

No todos los actos jurídicos que han de producir sus efectos con posterioridad a la muerte del otorgante son actos de última voluntad o

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

*mortis causa*. Es decir, existen actos *inter vivos* que producen sus efectos una vez que fallece el autor, tal el caso de los actos *in diem mortis dilati*. La diferencia entre esos ya la revisamos en el punto 2, del Capítulo II del presente trabajo de investigación.

#### 2.2.3. Acto Formal.-

El testamento no es válido sino cuando se hace en alguna de las formas establecidas por ley (formalidad *ad solemnitatem*). De acuerdo a MAFFIA (1984, p. 10): “El Testamento es un acto solemne, ya que la voluntad no consigue el efecto jurídico al cual tiene si no se manifiesta mediante las formalidades impuestas por la ley. Se trata de exigencias prescritas *ad substantiam*”. El acto formal o solemne, tiene por fin proteger la independencia del testador y a la vez dar más garantía y certeza a la manifestación de su voluntad.

Las formas del testamento son: **1)** Ordinarias o comunes a todos los testamentos, a las que se acude en cualquier circunstancia y **2)** Extraordinarias o específicas, a las que se acuden determinadas personas en determinadas situaciones especiales o particulares, caracterizándose por su limitada duración de subsistencia.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Independientemente la clase de testamento –*ordinarios o extraordinarios*- son formalidades comunes: **a) Escrito.-** El testamento es un acto escrito, es decir que las disposiciones de última voluntad deben estar contenidas en un documento. **b) Firma.-** Por ser un acto escrito, es natural que la ley exija la firma del otorgante. La firma, de acuerdo a AUBRY Y RAU (citados por Maffia, 1984, p. 144): “...en principio se impone que las personas utilicen todas las letras que componen su nombre y apellido; pero no basta con que sean colocadas en una línea más o menos horizontal para que haya firma. La firma es la manera corriente de estampar el nombre y apellido para expresar una conformidad, y es válida la signatura de aquellos que acostumbran a abreviar las denominaciones.” Sin embargo, debe considerarse que no en todos los testamentos la exigencia funciona de la misma manera, por ejemplo en la otorgación de testamento por acto público, se admite la firma a ruego cuando el testador ni supiere o no pudiese hacerlo. (Art. 1132-4)-5) del Cod. Civil). **c) La fecha.-** La indicación del día, mes y año en que se otorga el testamento, también debe constar en el respectivo documento. Elemento útil, principalmente para establecer que el testador era capaz de testar a momento de la realización del testamento; además de la relación cronológica en que el testamento se encuentra con relación a otros eventuales testamentos de la misma persona. **d) Testigos.-** La presencia de testigos, variando únicamente el número necesario. Algunos autores como BORDA (1986, p. N° 1137, p. 206) niegan la importancia y utilidad de la participación de testigos bajo el argumento que dicha exigencia se mantiene hasta nuestros días debido a un respeto de la tradición jurídica; por su lado, otros autores como LAFAILLE (1957, p. 203)

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

### 2.2.4. Universal o particular.-

El testamento es un acto que puede contener disposiciones patrimoniales como extra patrimoniales.

Por lo general, el testamento es un auténtico vehículo de transmisibilidad patrimonial *-así también lo entiende el Art. 110 del Cod. Civil-*, de tal manera que el objeto cosa sobre el que podría versar dicha transmisibilidad, puede alcanzar a todo o parte de los bienes que componen el patrimonio del otorgante (herencia), o a un objeto particular y específico de su titularidad (legado).

### 2.2.5. Acto revocable.-

El testamento es un acto esencialmente revocable, hasta el momento de la muerte del testador. Hasta entonces, el testador conserva siempre la facultad de modificar las disposiciones testamentarias que ha tomado reemplazándolas por otras o revocándolas pura y simplemente.

La revocabilidad implica una consecuencia lógica del carácter *mortis causa* del acto de última voluntad, y en ese entendido, CICU (1959, p. &6 pag. 19) precisa: “El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual” En el mismo sentido, VELEZ SANSFIELD citado por Maffia (1984, p. 18) entiende como característica esencial del testamento la revocabilidad del mismo, expresando: “El testador no podrá aun, por una declaración expresa de voluntad, dar al testamento el carácter de irrevocabilidad. Tal clausula vendría a hacer predominar una voluntad más reciente; es decir, hacer perder a un testamento el carácter de un acto de última voluntad, carácter que debe ser esencial en las disposiciones testamentarias”

Estas características son, en alguna medida, compartidas por los contratos sobre sucesión futura, especialmente por la formalidad en su formación u otorgamiento, los efectos *mortis causa* que producen, por su contenido de

---

Y FASSI (1970, p. 69) argumentan sobre la necesidad de esta formalidad, indicando que los testigos constituyen garantía de la seriedad del acto, contribuyen a su solemnidad, y robustecen la fe dada por el notario de fe pública sobre la autenticidad de que el testamento traduce fielmente la voluntad del otorgante.

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

disposición patrimonial –*universal o particular*- y extrapatrimonial e incluso su revocabilidad, con la aclaración que los testamentos son revocables por esencia, mientras que los contratos sobre sucesión futura son revocables unilateralmente solo si se ha pactado expresamente esa facultad en el contrato.

### 2.3. Clases.-

Los testamentos pueden ser solemnes y especiales. (Art. 1126-I-II del Cod. Civil). Los testamentos solemnes, pueden ser cerrados o abiertos (los testamentos abiertos se sub dividen en: otorgados ante testigos y notario y; otorgado ante testigos solamente); en ambos casos son solemnes porque se celebran con todas las formalidades exigidas por ley.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Son testamentos ordinarios o comunes los que se otorgan con todas las formalidades que la ley prescribe, así tenemos:

**TESTAMENTO CERRADO.-** COLIN Y CAPITANT (citados por Prieto, 1997, p. 181), lo definen como: *“Un documento escrito por el testador, o por otra persona, que se presenta cerrado y sellado en presencia de testigos a un notario, que es quien extiende sobre el un acta de suscripción autentica.”* Son requisitos de su otorgamiento (Arts. 1127 y 1128 del Cod. Civil) los siguientes: **a) Elaboración del testamento.-** El documento puede ser elaborado por el testador o puede escribirlo alguna persona de su confianza. En este último caso, el testador debe rubricar cada foja del testamento con el fin de autenticar y asegurar su veracidad, evitar sustituciones. Una vez concluido, deberá ser firmado. MESSINEO (1971, p. & 181, pag. 95) precisa: *“La falta de firma no perjudica a la validez del testamento, siempre que el testador, al entregar la cedula al notario, declare haberla leído y agregue el motivo (no saber escribir; u otro motivo) que le ha impedido suscribirla; de lo que el notario debe hacer mención en el acta de recibirla”.* Son incapaces de otorgar este tipo de testamento quienes no sepan o no puedan leer (Art. 1119-4 y 1120 del Cod. Civil). **b) Intervención de notario y testigos.-** El testador debe acudir a un Notario de Fe Publica, en presencia de 03 (tres) testigos vecinos (que reúnan lo exigido por el Art. 1145 del Cod. Civil) y no estén alcanzados por las causales de inhabilidad (Art. 1146 del Cod. Civil); acto seguido entregara el sobre manifestando que el mismo contiene su testamento, expresando además si está escrito o no por él, si ha firmado y rubricado sus hojas o no y si está enterado de su tenor, debiendo el notario dejar constancia de ello en el acta, además de verificar la identidad del testador y si está en el uso de sus facultades mentales. Con todo ello, el notario extenderá acta circunstanciada del otorgamiento en la cubierta o sobre, debiendo firmar el testador, el notario y los testigos (al menos dos testigos deben saber y firmar). Por último asegurarse o sellarse el sobre de tal modo que para extraer el documento que contiene el testamento tenga que romperse el sobre necesariamente. Finalmente, el testador deberá indicar en poder de quien quedara el pliego testamentario, existiendo las siguientes alternativas: **1)** El mismo testador. **2)** El Notario. **3)** Alguna persona de confianza que designe el testador. Todo ello deberá constar en una segunda acta que debe transcribirse al protocolo notarial en los libros a cargo del Notario, constando el

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

otorgamiento en su registro, con la descripción o características del sobre, sellos, seguros, la cual deberá ser firmada igual por el testador, el notario y los testigos.

Fallecido el testador, debe iniciarse el trámite notarial de apertura de testamento cerrado, conforme el Art. 92-g) de la Ley N° 483 del Notariado Plurinacional y de acuerdo al procedimiento previsto por el Art. 110 de su reglamento, Decreto Supremo N° 2189 o; de acuerdo a las previsiones del proceso judicial voluntario previsto por el Art. 450-2) y 459 del Cod. Procesal Civil Ley N° 439. (es optativa la vía notarial o judicial, según se entiende del Art. 90-I de la Ley N° 483 del Notariado Plurinacional y Art. 96-I del reglamento Decreto Supremo N° 2189).

**TESTAMENTO ABIERTO.-** Es aquel acto jurídico de última voluntad que se otorga con las solemnidades exigidas por ley, caracterizándose principalmente por la publicidad de las disposiciones testamentarias ahí contenidas (Art. 1131 del Cod. Civil). Según ZEGADA (citado por Prieto, 1997, p. 196): *“Los testamentos abiertos son los que se hacen en acto público, de tal manera que sus disposiciones son conocidas desde el momento de su otorgamiento.”* Este testamento se denomina también nuncupativo, del latín “nuncupare” que significa hablar o manifestarse a otros. Esta denominación dio lugar a que algunos autores admitan *–erróneamente a nuestro entender–* como válido el testamento abierto de forma oral exclusivamente.

Existen varias clases de testamento abierto. Veamos: **a) Testamento abierto escrito ante notario y testigos.-** Este reviste la calidad de escritura pública y no necesita nueva protocolización (Art. 1149 del Cod. Civil). Deben observarse las siguientes formalidades para su otorgamiento (Art. 1132 del Cod. Civil): **1)** Intervención del notario de fe pública, quien debe autorizar y autenticar el testamento. **2)** El testamento debe ser escrito, el testador puede llevar consigo al notario un proyecto del testamento o uno ya concluido, que deberá transcribirse al protocolo notarial. En caso de no llevarse ningún documento, podrá ser dictado. En este último caso, será necesaria la lectura del testamento por parte del notario o de los testigos, a objeto de garantizar la conformidad entre la declaración de última voluntad y el texto escrito. **3)** La presencia de 03 (tres) testigos vecinos mayores de edad, al menos dos de ellos deben saber firmar. (Art. 1145 al 1147 del Cod. Civil). **4)** Lugar, fecha y firmas del testador, testigos y notario, en caso de que el testador no sepa firmar debe firmar un testigo a ruego más además de los otros tres; **b) Testamento abierto escrito ante testigos únicamente.-** Reviste la constancia escrita *-testamento como instrumento privado-* que más tarde requerirá ser presentado ante juez, para que examinando a los testigos, lo declare como tal y lo mande a protocolizar. (Art. 1149-I del Cod. Civil). Para su otorgación, los requisitos son los mismos que los anteriormente detallados, salvo lo siguiente: **1)** No interviene notario. **2)** Se requiere cinco testigos vecinos y si no pudieren ser habidos bastaran al menos tres. **3)** Se deberá leer el contenido de su testamento en presencia de los testigos y luego lo firmara conjuntamente con ellos. Si el testador no trajere preparado su testamento, lo dictara en el acto a uno de los testigos; **c) Testamento abierto oral ante notario y testigos y/o ante testigos solamente.-** Aparentemente está permitido testar de forma verbal y sin constancia escrita, así lo entienden algunos autores atendiendo la previsión para comprobación de esa clase de testamento (Art. 1150 del Cod. Civil). De aceptarse ello, traería consigo el problema de la difícil comprobación del testamento, que dependerá de la buena o mala memoria de los testigos o del notario si hubiese intervenido. Es decir, se estaría confiando en que los testigos deben grabar en su memoria *–siempre frágil–* el contenido del testamento y retenerlo hasta el día en que sean llamados para su comprobación y que el notario de fe pública certifique, todos ellos en forma uniforme, no debiendo haber variación en lo substancial sino consenso en tiempos, lugares y personas, disposiciones, porciones de bienes, bajo pena de nulidad. Sobre el particular, PRIETO

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

En cambio, los testamentos especiales se constituyen en casos o circunstancias expresamente previstas por ley y no otras. Así tenemos, **1)** el testamento en caso de riesgo grave, **2)** El testamento a bordo de nave o aeronave, **3)** El testamento militar, **4)** Testamento ológrafo y **5)** Testamento de campesinos.<sup>28</sup>

---

(1997, p. 207) advierte sobre el gran riesgo que corre el testador si se admitiera testamento enteramente verbal, más aun si nada justifica su existencia, recomendando dejar siempre prueba escrita del acto de última voluntad, pues, los escritos quedan y las palabras vuelan (*verba volant, scripta manent*).

A nuestro entender, si bien el Art. 1150 del Cod. Civil prevé la forma de comprobación del testamento puramente verbal, dicha norma se hace inútil e inaplicable si consideramos los requisitos y formalidades impuestas por los Arts. 1132-2) y 1133-2) del Cod. Civil, que exigen en caso de que el testador no tenga preparado un testamento escrito, el mismo sea dictado, lo que implica que su voluntad siempre será introducida en un documento escrito y posteriormente leído, de acuerdo a los 1132-3) del Cod. Civil. Estas formalidades, hacen inviable la otorgación de testamentos verbales absolutos. Razonar en contrario, implicaría introducir una clase de "testamento abierto" a todas luces riesgosa a los intereses del testador, que no garantiza la conservación del elemento primordial del testamento como lo es la última voluntad del testador, dejando librada su validez y precisión de sus disposiciones a la apreciación correcta y memoria a largo plazo de los testigos.

<sup>28</sup> **TESTAMENTOS ESPECIALES O EXTRAORDINARIOS.-** Por regla, en situaciones normales los testamentos están rodeados de formalidades en su otorgamiento. Sin embargo, en determinadas circunstancias surge la necesidad de testar aun sin observar las formalidades, por concurrir situaciones anormales. Son características específicas: **1)** Solo pueden otorgarse por determinadas personas que se encuentran en circunstancias excepcionales que les impida testar de forma ordinaria, **2)** La expresión de la voluntad es el único requisito **3)** Su validez está condicionada a que las circunstancias de apremio hayan provocado la muerte del testador, caso contrario son temporales y caducan. **4)** No interviene el notario de fe pública, únicamente testigos si es que los hay.

Los testamentos especiales previstos en nuestra legislación son: **a) Testamento es caso de riesgos graves.-** Aquel acontecimiento que amenace la vida de una persona como una epidemia, una calamidad pública, un accidente, una enfermedad imprevista y letal. No basta que se presente cualquiera de estos acontecimientos que hacen peligrar fundadamente la vida de una persona, además debe sumarse el hecho de que la persona esté en un lugar o circunstancia que no le permitan acudir a las formas ordinarias para testar (PRIETO, 1997, p. 214). De ahí que, tenemos dos presupuestos para su otorgación: **1)** La existencia de un riesgo grave actual que haga temer al testador por su vida. **2)** Imposibilidad de acudir ante un notario para otorgar testamento ordinario. Por su parte, se requiere (Art. 1134 del Cod. Civil): **1)** La presencia de 5 testigos o al menos 3 si no pueden ser habidos. **2)** La forma escrita, con la firma de los intervinientes, testador y testigos. Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se deje constancia de ello, el testador imprima sus huellas digitales y firme un testigo a ruego. El testamento debe depositarse por los testigos ante un notario o deben informar a la autoridad judicial, en ambos casos para comunicarse a los interesados; **b) Testamento a bordo de nave o aeronave.-** Son requisitos del mismo: **1)** El testador se encuentre en nave marítima, fluvial, lacustre o aérea **2)** Debe testar ante

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

Todas las clases de testamento gozan de la misma eficacia jurídica y son exactamente iguales en cuanto están sometidas a las mismas reglas que conciernen sobre la naturaleza y extensión de las disposiciones, pero difieren respecto a las formalidades exigidas para su constitución.

---

el capitán o comandante de la nave, o a falta de ello, ante quien le sigue en rango y presencia de tres testigos. **3)** Debe anotar el otorgamiento en el diario de a bordo; **c) Testamento militar.-** Es una forma conservada desde el Derecho Romano, siendo imprescindible el otorgante revista el carácter de militar. Por su parte, la ley prevé tres circunstancias extraordinarias en las que puede otorgarse: **1) En campaña.-** Que debe cumplir los siguientes requisitos: Otorgarse ante el jefe de la unidad militar en presencia de tres testigos, quienes firmaran el testamento. (testador, jefe y testigos) y; Debe registrarse en el libro de novedades o partes, se transmitirá por orden al ministerio respectivo para su depósito y archivo y la comunicación correspondiente a los interesados. No está abierta la posibilidad de otorgarlo de forma oral. **2) En acción de guerra.-** Al entrar en acción de guerra o estando herido en el campo de batalla, podrá declarar su última voluntad ante dos testigos o compañeros de armas, o entregarles el pliego que la contenga, firmando de su puño y letra (Art. 1139 del Cod. Civil.) Se sobreentiende que los testigos de una u otra forma comunicaran al jefe de unidad, para que se anote en el libro de novedades y se dé parte después al Ministerio de Defensa. **3) En estado de prisionero.-** El militar puede testar en forma similar por entrar en acción de guerra, ante dos compañeros de prisión en este caso (Art. 1139-I del Cod. Civil); **d) Testamento ológrafo.-** La denominación deviene de la circunstancia en que el testamento es redactado del puño y letra del mismo otorgante, es decir el testamento es autógrafo. De acuerdo a TOBEÑAS (citado por Prieto,1997, p. 231): *“El testamento ológrafo es la disposición de última voluntad que el testador formaliza por el mismo, escribiéndola y firmándola de su puño y letra, sin intervención de testimonio ajeno alguno”*. Tres son las características del mismo: **1)** La auto confección del testamento por el testador, obra de su puño y letra, el testador sabe leer y escribir necesariamente. **2)** La autografía total, todo el texto debe ir por escrito. **3)** Esta clase de testamento ológrafo está reservado para determinadas personas, en consideración a los servicios que prestan al país o en beneficio de la ciencia, que se encuentren en fortines, campamentos o lugares alejados de centros de población (Art. 1141-I del Cod. Civil). El testamento debe ser comprobado en su autenticidad de letra, firma y fecha, para ser válido; **e) Testamento campesinos.-** Las personas que vivan en el campo o en lugares distantes están legitimadas y amparadas por ley para otorgar este testamento, pudiendo recurrir a cualquiera de las formas ya estudiadas, con aditamento que pueden realizarlo en su propio idioma, sujetándose a sus usos, tradiciones y costumbres, con tal que estos no sean contrarios al orden público y las buenas costumbres. (Art. 1142 del Cod. Civil).

Los testamentos especiales están sujetos a caducidad. De forma concreta, el testamento por riesgo grave caduca después de los 03 meses de haber cesado la causa que le indujo a testar (Art. 1135-I del Cod. Civil) así como el testamento militar -en cualquiera de sus subespecies- caduca pasados los 03 meses del retorno a un lugar donde pueda acudir a las formas ordinarias a testar (Art. 1138 del Cod. Civil); mientras que, el testamento a bordo de nave o aeronave y el testamento ológrafo caducan pasados los 30 días de haber desembarcado o retornado a un lugar donde se pueda acudir a las formas ordinarias de testar (Art. 1136-II del Cod. Civil) y (Art. 1141 del Cod. Civil). En cualquier caso que un testamento especial se torne eficaz, deben ser necesariamente comprobados judicialmente y protocolizados posteriormente.

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

### 2.4. Elementos y requisitos de formación del testamento.-

Los elementos o requisitos constitutivos o de formación de los testamentos, encuentran correspondencia directa con las características del testamento, como observaremos.

#### 2.4.1. Voluntad unilateral.-

Para la formación y otorgación del testamento no se requiere consentimiento del testador y del instituido *–por su carácter de acto unilateral y no de contrato–*, sino únicamente la manifestación de voluntad unilateral del testador, contenida en el documento que contiene las disposiciones testamentarias y expresada su conformidad mediante su firma.

En caso de discrepancia entre la voluntad efectiva y la declaración contenida en el testamento, es preferida la voluntad efectiva *-a diferencia de los contratos en los que se prefiere la voluntad declarada-*. Al respecto, MESSINEO (1971, p. & 181, pag. 81) precisa: “En el caso de que exista divergencia entre declaración y voluntad *–a diferencia de lo que ocurre en los actos entre vivos, en los que, por respeto a la confianza del tercero sobre el tenor de la declaración ajena, se da la preferencia a la declaración sobre la voluntad efectiva sobre la declarada.*”

#### 2.4.2. Capacidad.-

La capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción. Esta máxima jurídica también es aplicable a los testamentos, tanto para otorgarlos como para recibirlos. En principio, toda persona es **capaz de otorgar testamento** (Art. 1118 del Cod. Civil), se requiere que la persona se encuentre en uso cabal de la razón, vale decir, en un correcto discernimiento.

Según JOSÉ A. ZEGADA citado por Prieto (1997, p. 170) la capacidad para testar “es la aptitud legal que tiene una persona para disponer de sus bienes y obligaciones transmisibles, con efecto para después de su muerte”. La

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

incapacidad testamentaria es la excepción y se expresa por falta de edad o ausencia de razón (Arts. 458, 459 y 1119 del Cod. Civil)<sup>29</sup>

Por otra parte, debemos referirnos a la capacidad de recibir por testamento, siendo la regla general que toda persona puede recibir y es capaz al efecto. Esta regla, encuentra también su excepción (Art. 1121-I del Cod. Civil).<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> La incapacidad para testar se manifiesta en los siguientes casos: **a) No haber cumplido la edad de 16 años.**- La ley presume que por debajo a esa edad, la persona aún no ha logrado la suficiente madurez, no tiene la capacidad de discernimiento ni la estabilidad emocional para disponer. **b) La interdicción declarada.**- El estado de interdicción de una persona física es declarada mediante sentencia judicial, motivada por su estado de salud mental (dementes, enajenados mentales, locos, débiles mentales, a quienes tienen intervalos lucidos, los fronterizos, otros que carecen de ese discernimiento necesario). Consecuencia de ello, surge la representación legal necesaria. **c) Quien por cualquier causa no se halle en su sano juicio, a momento de hacer el testamento.**- Es incapaz la persona que, aun no siendo declarada interdicta judicialmente, no se encuentra en todas sus aptitudes mentales para otorgar testamento (casos de embriaguez aguda, empleo de estupefacientes, o incluso al testador "ab irato" que realiza el testamento motivado por un odio violento e injusto hacia sus herederos legitimarios.) **d) Los sordomudos y los mudos que no sepan o no puedan escribir.**- A diferencia de los menores de edad y/o los interdictos, el sordomudo tiene capacidad de discernimiento (mental), pero su incapacidad resulta si no puede expresar por escrito su voluntad, bien porque no sabe o no puede escribir. Según ORGAZ (1946, p. 373): *"El sordomudo propiamente dicho no está privado de discernimiento, sino solo de la expresión de su voluntad...Cuando la sordomudez obedece a lesiones destructivas cerebrales, el sujeto es propiamente un insano y corresponde que la interdicción se la declare por ese concepto"*. Esta razón de incapacidad respondía a que en la época en que fue sancionada, los sordomudos tenían pocos medios de comunicación que los limitaba al extremo de ser casi imposible que expresen su voluntad testamentaria; hoy en día, los sistemas educativos, médicos y pedagógicos permitieron el desarrollo de nuevos medios y suplir su falta de percepción auditiva y vocal, para alcanzar una expresión suficiente. Bajo esa lógica, MAFFIA (1984, p. 56) expresa: *"No es extraño entonces que códigos modernos...hayan suprimido la sordomudez como causa constitutiva de incapacidad, sin perjuicio de erigirla en incapacidad de derecho para la celebración de ciertos actos"*. Por su parte, nuestra normativa civil establece que: *"Están incapacitados para testar los sordomudos y mudos que no sepan o no puedan escribir"* (Art. 119-4) del Cod. Civil), Nótese que si el sordomudo o mudo sabe y puede escribir, su capacidad para testar se limita a otorgar testamento cerrado u ológrafo, mas no testamento abierto porque su sordera y mudez le impedirá cumplir con la formalidad del acto público.

<sup>30</sup> Las incapacidades para recibir por testamento, se manifiestan en los siguientes casos: **a)** Los concebidos que no nacen con vida y los no concebidos a momento de morir el testador, a menos que sean descendientes de una persona determinada que vive al morir el testador. **b)** Los indignos y los desheredados por declaración judicial. **c)** Las entidades o instituciones que no estén permitidas por ley o que no sean personas jurídicas, a menos que el testamento disponga que se organice una nueva corporación o fundación, sujeta al trámite legal que corresponda.

## *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

### **2.4.3. Objeto.-**

El contenido de la declaración de última voluntad, según la doctrina, puede ser de dos clases, una restringida y otra amplia.

La amplia, implica que el testamento puede contener tanto disposiciones patrimoniales como extrapatrimoniales. Es en ese sentido que algunos autores defensores de la concepción amplia (ORDAZ, 1946, N° 41 p. 78; FORNIELES, 1930, p. N° 156. Pag 147; BORDA, 1986, p. N° 1059. Pag 155) expresan que, normalmente el testamento tiene un contenido patrimonial, pero bien podría también carecer del mismo y reflejar un contenido puramente extrapatrimonial. A modo de ejemplo, se constituyen como actos de última voluntad extrapatrimoniales, las instrucciones sobre el destino del cadáver, reconocimiento de hijos, etc.

En cambio otros autores (BUSSO, 1951, p. 203; LAFAILLE, 1957, p.191; GUASTAVINO, 1968, p.62), fundándose en antiguos precedentes, entienden al testamento como acto de contenido patrimonial exclusivamente.

Nuestra legislación, siguiendo su fuente italiana, ha sentado el sentido o carácter amplio respecto al objeto del acto de disposición de última voluntad, (Art. 1112-I-II del Cod. Civil.)

Ahora bien, las disposiciones patrimoniales pueden sub dividirse en disposiciones que recaigan sobre todo o solo parte del patrimonio. El

---

En adición, existen también incapacidades relativas para recibir por testamento. Nos referimos a razones de incompatibilidad entre la cualidad de instituido testamentario (heredero o legatario) y a la vez la función o participación en la formación del testamento, ambas recaídas en una misma persona y; Las incapacidades relativas, recaen sobre: **a)** El notario, y los testigos del testamento, el testigo a ruego, el intérprete, incluidos el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de los mismos. **b)** El médico o profesional y el ministro del culto que asistieron al testador durante su última enfermedad, la iglesia o comunidad a la que el ministro pertenezca, el abogado que lo asistió en otorgamiento, los parientes de los mismos incluidos el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de los mismos. **c)** Los tutores, curadores y albaceas y sus parientes incluidos el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos, a menos que hayan sido instituidos antes de la designación para el cargo o después de aprobadas las cuentas de su administración. La prohibición es tal, que los incapaces (relativos) no pueden recibir ni siquiera por persona interpuesta, de forma ficticia (Art. 1123 del Cod. Civil).

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

testador puede instituir heredero<sup>31</sup> (a título universal cuando comprenda todo o una cuota parte del patrimonio del testador) o en su caso puede instituir legatario<sup>32</sup> (institución sobre una cuota del patrimonio determinada o sobre un bien específico).

Entre heredero y legatario (de cuota o particular) hay diferencias<sup>33</sup>, no es lo mismo, el heredero puede ser legal o testamentario, mientras que el legatario únicamente testamentario.

---

<sup>31</sup> **Institución de heredero.**- Conceptualizando, MAFFIA (1984, p. 209) indica es: “...el llamamiento a alguien a la totalidad o a una parte alícuota del patrimonio, pero con una vocación potencial expansiva al todo”. La institución de heredero debe recaer sobre persona cierta y determinada (Art. 1154 del Cod. Civil). El heredero debe existir a momento de la delación, nacido o concebido; excepcionalmente es posible designar a una persona que no existe a momento de la delación, pero que vaya a ser hijo de una persona (cierta y determinada) que vive al morir el testador (Art. 1008 del Cod. Civil). La aceptación es siempre voluntaria, de modo que el instituido tiene la opción de renunciar a la herencia, en cuyo caso, podrá operar la sustitución del instituido si así lo ha previsto el testador, o, el acrecimiento en favor de otros herederos instituidos (Art. 1157 y 1216 del Cod. Civil).

<sup>32</sup> **Institución de legatario.**- Implica el llamado de un sucesor singular que recibirá un objeto determinado, que no continuara la persona del causante, ni va a confundir su patrimonio con el de aquel, extendiéndose su responsabilidad únicamente al valor de la cosa legada. “El legado es una liberalidad que se hace en testamento sobre bienes de libre disposición” (Art. 1181-I del Cod. Civil). Puede ser de dos clases, legado de cuota o legado particular, “legado de cuota, que tiene lugar cuando al llamado se le asigna una cuota fija, sin posibilidad de acrecimiento; legado particular, consistente en la atribución de una cosa o de un bien.” (MAFFIA, 1984, p. 209).

<sup>33</sup> La institución, de heredero o legatario indistintamente, puede ser expresa o tácita, a su vez puede ser pura y simple, con condición, termino o carga. Sin embargo se diferencian en que, el legatario no sucede o sigue la personalidad del causante, es simple causahabiente particular, no sustituye al de jure, lo que si acontece con el heredero; El heredero tiene derecho a acrecer, el legatario carece de ese derecho, puesto que su llamamiento queda confinado en los límites precisos de su porción; El heredero debe responder frente a terceros *ultra vires hereditatis*, mientras que el legatario de cuota en ningún caso tendrá una responsabilidad más extensa que la dada por lo recibido, responsabilidad *intra vires hereditatis*; Por todas las ventajas que otorga el legado que siempre presupone un beneficio, es razonable que la ley presuma aceptación. En cambio, la herencia requiere aceptación, expresa o tácita.

Una persona puede ser heredero y legatario al mismo tiempo, siendo admisible que renuncie a una y acepte a la otra calidad (Art. 1186 del Cod. Civil). El derecho a renunciar al legado no es transmisible a los herederos operándose el acrecimiento únicamente respecto a otros colegatarios, en cambio en la herencia opera la transmisión de la facultad de aceptación y renuncia (Art. 1017 del Cod. Civil) y en caso de que no haya herederos, opera recién el acrecimiento.

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

### 2.4.3.1. Objeto material (cosa) sobre la que recae.-

Recordemos, la institución de heredero recae sobre todo o parte del patrimonio del causante, mientras que la institución de legado recae sobre una cuota determinada del patrimonio o sobre un bien específico.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Siendo la institución de heredero a título universal, el total del patrimonio o la cuota que le corresponda al instituido no siempre está individualizada o determinada en los bienes específicos que la componen, sino en porcentajes o cuotas ideales. En cambio, los bienes o derechos legados deben ser siempre individualizados, concretos además de encontrarse en el patrimonio del causante. Nuestra legislación otorga la siguiente noción del objeto sobre el cual recae el legado: “todas las cosas y derechos pueden ser objeto de legado si no va contra la ley, siempre que tenga el legante propiedad sobre las cosas legadas o un derecho a ellas.” (Art. 1181-II del Cod. Civil). Precizando lo anterior, “el legado no tiene por objeto la cosa sino un derecho real sobre ella” (Fassi, p. N° 832, pag. 489), se entiende que el objeto del legado no es la cosa en sí misma sino la transmisión del dominio de la cosa. El objeto del legado no se limita a lo anterior, el legado no solo es un medio transmisivo de derechos sino también constitutivo de otro derecho real, tal el caso del legado de usufructo, uso, habitación o servidumbre (Art. 1205 del Cod. Civil.) o el legado de alimentos -que comprende la asistencia familiar que debe otorgarse con sujeción a las reglas del Código de Familia- (Art. 1204-I del Cod. de Familia).

El legado recaerá sobre derechos del que el causante es titular, materializarse los siguientes casos especiales: **a) Legado de crédito.-** que confiere el causante su derecho de crédito a un legatario, extendiéndose en su contenido al capital e intereses que queda al momento de la apertura de la sucesión (Art. 1203 Cod. Civil). **b) Legado de liberación de deuda.-** Mediante el cual, el testador acreedor puede conceder a su deudor-legatario, una condonación de deuda. Este legado libera al deudor (Art. 1203 y 358 del Cod. Civil). Cualquier legado realizado en favor del acreedor, no se presume realizado para compensar la deuda, salvo disposición expresa del testador. (Art. 1202 del Cod. Civil). **c) Legado de usufructo, uso, habitación y servidumbre.-** Los derechos reales sobre cosa ajena (*iura in re aliena*), tales como el usufructo, el uso, la habitación y la servidumbre, son bienes inmuebles incorporales y pueden ser objeto de legado. Esta clase de legado, constituye una desmembración del dominio relativo a ciertas cosas. Se entiende que, la disposición testamentaria tiene como efecto transmitir desmembrado el dominio de la cosa, sobre la cual el testador ha legado el usufructo el uso o la habitación. El plazo de duración debe establecerse por el testador, en su defecto el plazo de este derecho real es vitalicio. Tratándose el legatario de una persona jurídica, el legado durara 30 años, plazo máximo de existencia de personas jurídicas de existencia posible. (Art. 1205-I-II del Cod. Civil)

Por otra parte, el legado en algunos supuestos no es permitido, nos referimos a: **a) Legado sobre cosa ajena.-** El testador debe tener derecho de propiedad sobre las cosas legadas, de manera tal que no es admisible que la cosa pertenezca a otra persona, siendo nula esta disposición testamentaria (Art. 1188-I del Cod. Civil.) Lo anterior se exceptúa si se dispone en el testamento que se adquiera la cosa ajena, caso en el que esta disposición no constituirá un legado propiamente sino una verdadera carga para el heredero. LOS MAZEAUD (1969, p. 365) justifican esta regla de su fuente romana: “...en el derecho romano y en droit coutumier se reputaba válido

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

**2.4.3.2. La desheredación.-**

El testamento puede tener también por objeto, la desheredación que recaiga sobre uno de los futuros herederos. PRIETO (1997, p. 278), define: “Es una institución dentro del derecho hereditario, que respetando la sucesión legítima, permite privar a un heredero forzoso de participar en la herencia, cuando existen causales preestablecidas en la ley, y que las invoca el causante a través de testamento.”

La sola voluntad de desheredar expresada en el testamento no basta, es necesaria la exposición de hechos que constituyen causal, las causas de desheredación son taxativas y no enunciativas, legales y no voluntarias, no siendo admisible otras causas que no hayan sido previstas por ley. Por tanto, no es una institución arbitraria ni abusiva, sino legal.

Las causas de desheredación pueden ser genéricas (Art. 1173 del Cod. Civil), para cualquier heredero, o específicas para ciertos herederos (1174 y 1175 del Cod. Civil). La desheredación puede quedar sin efecto, de forma expresa (perdón en posterior testamento) o tácita (posterior testamento en instituye heredero al desheredado). Es admisible incluso, la desheredación condicional, entendida como una oportunidad para el desheredado para enmendar su conducta.

**2.4.4. Causa.-**

La causa, en este caso, es el elemento técnico objetivo que pone en movimiento el acto jurídico. Por su lado, la causa fin es el motivo o

---

*el legado de cosa ajena, cuando el testador sabía que la cosa era ajena: en tal hipótesis se interpretaba el legado como obligación impuesta al heredero de adquirir la propiedad para transferir el dominio de la cosa al legatario” b) Las cosas futuras.-* No es válido el legado de cosa futura que no exista o que se encuentre en el patrimonio de otra persona a momento de otorgar testamento, salvo que dicha cosa se encuentre en el patrimonio del testador a momento de abrirse la sucesión. En esencia, es otro caso de legado de cosa ajena (Art. 1188-II del Cod. Civil). Si la cosa esta gravada, los gravámenes persisten en la cosa y así pasaran al legatario. Borda (1986, p. N° 1443) señala: “*Si el legatario quiere liberarse del gravamen, queda a su exclusivo cargo convenir esa liberación con el titular del derecho*”, a menos que el testador hubiera dispuesto la exención de la obligación (Art. 1197 del Cod. Civil).

## *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

móvil psicológico personal que persigue una persona al realizar el acto jurídico determinado.

Al respecto, MESSINEO (1971, p. & 181, p. 82) indica: “la causa del testamento debe identificarse en la atribución de bienes, por espíritu de liberalidad, para el tiempo posterior a la muerte del testador”, tratándose de una causa objetiva, es la liberalidad, constituyéndose en constante e invariable en todos los casos. Por su parte, los motivos del testamento, pueden ser diversos.

Es de hacer notar, no es requisito que la causa sea manifestada de forma expresa en el testamento. Así lo entiende ZANNONI (1983, p. 325) que precisa: “adhiriendo a lo expuesto por Fassi, entendemos que ninguna norma legal exige que el propósito o motivo determinante de la institución este expresamente declarado en el testamento.

### **2.4.5. Forma.-**

La forma es un elemento esencial del testamento, necesario para su validez. Toda persona que sea capaz para testar goza de la libertad de elegir las formas, libertad de elección de cualquiera de las distintas clases de testamentos ordinarios, en ese sentido, MAFFIA (1984, p. 141) puntualiza: “Se consagra la libertad de elección de las formas, acogiendo un principio que viene del derecho romano, y tiende, de esa manera, a facilitar la facultad de disponer.”

Sobre la clasificación de las formalidades y su importancia nos remitimos al punto 2.2.3. del capítulo V del presente trabajo de investigación.

### **2.5. Modalidades.-**

Los testamentos pueden realizarse de forma pura y simple o bajo ciertas modalidades. Estas modalidades en esencia no son distintas de las modalidades comunes para los actos jurídicos y contratos en general.

A decir de LAFAILLE (1957, p. 28): “Cuando las disposiciones testamentarias son hechas bajo condición o con un plazo, o cuando imponen cargos al instituido (fuere heredero o legatario), tales modalidades integran requisitos de eficacia de la disposición misma”.

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

**a) Condición.-**

Definida como un acontecimiento futuro e incierto, del que depende el perfeccionamiento (suspensiva) o resolución (resolutoria) del llamamiento efectuado por el testador a la adquisición de la herencia o legado (Art. 494-I del Cod. Civil). Según MESSINEO (1971, p. 93): “El cumplimiento de la condición (válida) tiene efecto retroactivo, con la consecuencia de que al instituido bajo condición resolutoria se lo tiene como no llamado nunca y al instituido bajo condición suspensiva se lo tiene como llamado desde la apertura de la sucesión.”

Las condiciones ilícitas o imposibles se consideran como no puestas, salvo que hayan sido el motivo determinante de la otorgación del testamento, en cuyo caso es nula. En ese sentido (Art. 1164-I-II del Cod. Civil).<sup>35</sup>

**b) Plazo o término.-**

Delimitado como un acontecimiento futuro y cierto, del que depende el perfeccionamiento (suspensivo) o resolución (resolutivo) del llamamiento efectuado por el testador a la adquisición de la herencia o legado. Así, la institución de heredero a término inicial o suspensivo está permitida (Art. 1162 del Cod. Civil), en cambio, está prohibida toda institución a término final o extintivo.

Está prohibida la institución a término final, en razón a que desnaturalizaría la institución a la sucesión hereditaria, ya que esta se tornaría temporal, sabiendo que el tiempo extintivo debe llegar necesariamente; Un razonamiento en contrario, implicaría aceptar que el sucesor pierda dicha calidad contraviniendo el principio fundamental

---

<sup>35</sup> Son condiciones prohibidas, en la legislación comparada (argentina): **1)** Habitar siempre un lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero; **2)** Mudar o no mudar de religión; **3)** Casarse con determinada persona o no casarse. **4)** Vivir célibe, no casarse con determinada persona, o divorciarse. De acuerdo a ZANNONI (1983, p. 329), otras condiciones ilícitas podrían ser la condición de no enajenar, la condición captatoria recíproca, condición de no impugnar el testamento o algunas disposiciones testamentarias, condición de renunciar a una herencia aun no abierta, condición de aceptar pura y simplemente una herencia no abierta. Todas las anteriores condiciones son ilícitas, su aceptación implicaría restringir la libertad de las personas, la libertad de locomoción o la garantía constitucional de libertad de culto, la libertad de contraer matrimonio o de no contraerlo.

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

“*quien es heredero (sucesor universal) una vez, no puede ya dejar de serlo*”; además de ocultar una sustitución fideicomisaria, prohibida por ley. ZANNONI (1983, p. 489) funda los motivos por los que no es admisible el termino final o plazo resolutorio, expresando:

“Si bien los principios de la continuación de la persona del causante por el heredero, elaborados en el derecho moderno para funcionalizar la idea de transmisión patrimonial por causa de muerte, no consienten el plazo suspensivo, porque ello significaría romper la unidad conceptual entre la muerte, la apertura y la adquisición, y colocaría al conjunto de bienes, eventualmente, sin titular actual. Tampoco es admisible el plazo resolutorio, pues toda aceptación de la herencia supone una adquisición irrevocable. Y, además, la institución de heredero sujeta a plazo suspensivo colocaría a los primeros en situación de fideicomisario y al instituido como fiduciario; si la institución, en cambio, lo fuese sujeta a plazo resolutorio, el instituido asumiría el carácter de fideicomisario y los herederos legítimos el de sustitutos.”

En cambio, el heredero a término inicial o suspensivo, tendría dicha calidad como expectaticia, pero con la seguridad que, siendo un acontecimiento cierto en su realización llegara el día en que confirmara esa calidad y la simple expectaticia se convertirá en derecho adquirido. La certeza que el plazo llegara es el elemento esencial del término.

**c) Cargo.-**

Como habíamos indicado y de acuerdo a la definición tradicional, el cargo es una obligación accesoria impuesta al adquirente de un derecho. El cargo puede ser de exigibilidad inmediata o sujeto a plazo.

MACKELDEY (citado por Cazeaux-Trigo,1975, p. 273 a 274) la define: “El cargo o modo es toda disposición onerosa por medio de la cual el testador exige del heredero o legatario el cumplimiento de una prestación debida por la institución” Carácter que no compartimos, porque no consideramos la carga como una contraprestación de la institución, sino una prestación accesoria.

El cargo puede tener diversos objetos, satisfacer la memoria del testador, beneficiar al instituido, beneficiar a terceras personas, instituciones o fundaciones de bien público, sin designarlos como

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

sucesores. Bajo este último entendimiento, MESSINEO (1971, p. & 181, pag. 138) expresa: “El modus en el testamento es el medio técnico para beneficiar mortis causa a una persona, aun sin necesidad de llamar a la sucesión en calidad de heredero o de legatario”.

El cargo se diferencia de la condición, porque el primero consiste en una obligación de cumplir una prestación (de dar, hacer o no hacer) de forma accesoria a una disposición principal patrimonial, mientras que la segunda, subordina la adquisición del derecho (condición suspensiva) o la resolución de un derecho ya adquirido (condición resolutoria), a que el hecho condicionante se cumpla o no. Por ello, se debe puntualizar que el cargo no constituye propiamente una contraprestación por la adquisición en favor del gravado (BELLUCIO-ZANNONI, 1998, p. &3).

Respecto al cumplimiento del cargo, LÓPEZ DE ZAVALIA (1997, p. 447 &76), lo distingue de la condición, expresando: “...la diferencia fundamental entre uno y otro residiría en que no hay acción para exigir el cumplimiento de una condición, y, existe, en cambio, tal acción en la hipótesis del cargo”. Vale decir, la imposición de cargas solo confiere acción para exigir su cumplimiento y no así como condición resolutoria, a menos que se haya previsto expresamente en el testamento o si la carga ha sido el único motivo determinante de la disposición testamentaria (Art. 1167 del Cod. Civil), tal y como sucede con la donaciones.

**2.6. Efectos.-**

Una vez abierta la sucesión, el testamento produce efectos mortis causa, que pasamos a analizar:

- a) Tanto el heredero como el legatario llamados por testamento, pueden optar entre aceptar o renunciar a su institución. Sin embargo, a diferencia del heredero, el legatario se presume aceptante.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Al respecto, se distingue legados con efectos reales y legados con efecto obligacionales:

**1) Legado con efectos reales.-** Es aquel que atribuye la propiedad de una cosa perteneciente al causante por la fuerza misma del título que lo constituye, es decir, por la disposición testamentaria misma. Es el caso del legado de una cosa cierta y determinada o de un crédito. **2) Legado con efecto obligaciones.-** En los demás supuestos, el legatario adquiere el derecho a obtener del heredero el cumplimiento de la disposición testamentaria que instituye el legado. Así

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

- b) La aceptación es irrevocable, de ahí que una vez aceptado no puede repudiarse por las cargas que lo hicieren oneroso o por otra causa.
- c) Finalmente, la existencia del testamento puede implicar el nombramiento de un albacea; el albacea es la persona designada para el cumplimiento y ejecución del testamento, este puede ser universal (para todos los asuntos de la testamentaria) o particular (para asuntos determinados por el testador), incluso pudiendo nombrarse más de uno, en forma solidaria o mancomunada (Art. 1220-I del Cod. Civil).

El cargo o función de albacea es siempre voluntario, renunciable, indelegable (intuitu personae), remunerado y temporal (sujeto a plazo, un año con prórroga de 06 meses). La persona nombrada y aceptante del cargo debe cumplir derechos y obligaciones, prestar fianza, rendir cuentas por la administración de patrimonio ajeno, está prohibido de adquirir para sí los bienes sucesorios, directa o indirectamente y puede ser removido del cargo judicialmente.

### 2.7. Formas de extinción.-

El testamento, como cualquier otro acto, puede extinguirse de modo natural (con su cumplimiento) o de modo extraordinario, por los medios que invalidan un testamento. Son formas extraordinarias de extinción del testamento:

#### 2.7.1. Revocación de testamento.-

La revocación tiene como fuente la voluntad del testador que hizo la disposición. En esencia, la revocación es el instituto con el cual se lleva a la práctica aquel carácter fundamental, y el principio conexo de orden público, que es la revocabilidad del testamento. (Art. 1209 del Cod. Civil).

---

los legados de cosas indeterminadas, fungibles, de cosas ajenas a adquirirse, de cosas futuras, etc., son casos el legatario adquiere del causante solo el derecho a exigir una prestación a cargo del o de los herederos, porque la adquisición del objeto legado se produce por el cumplimiento de esa prestación en favor del legatario. Por ello, el legatario no goza de una acción real, sino de una acción personal para obtener la entrega de la especie legada.

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

Es una potestad única y exclusiva que deriva del “ius poenitendi” del testador, únicamente alcanza a las disposiciones patrimoniales, no así las extrapatrimoniales, declaraciones o confesiones del testador.

Puede ser total o parcial (Art. 1210 Cod. Civil), expresa o tácita. De acuerdo a MESSINEO (1971, p. &181 p 150): “...los modos de revocación expresa y tácita del testamento son taxativos. Por tanto, no basta otro modo, del cual aparezca una voluntad que, por si o a base de los principios generales, podría considerarse incompatible con la voluntad de dejar subsistir ulteriormente, el testamento.”, expresa resulta de una declaración del testador en otro testamento posterior de cualquier forma; tácita cuando el testador en un testamento posterior no dice de forma expresa que revoca, pero dicta disposiciones que son incompatibles con las contenidas en el anterior testamento.

En cualquier caso, el efecto de la revocación es el agotamiento de la eficacia del contenido testamentario. La revocación de la revocación se admite, siempre por medio de nuevo testamento válido. El efecto de ello es la reviviscencia del testamento anterior.

#### 2.7.2. Caducidad de testamento.-

De acuerdo a PRIETO (1997, p. 346): “La caducidad es un medio legal que pone fin a los derechos cuando estos no han sido ejercitados en un plazo perentorio establecido al efecto por la ley”. La caducidad no es nulidad, sino simple agotamiento de eficacia.

Los testamentos caen en caducidad cuando se tratan de testamentos especiales, por su temporalidad. Bajo ese entendimiento, los testamentos ordinarios no podrían caducar.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> La caducidad *ipso jure* se entiende aquella que se produce por ministerio de la ley. (Arts. 1135, 1136, 1138, 1140 y 1141 y 1215 Cod. Civil). La caducidad *ipso facto* requiere de declaración judicial, previa demostración del hecho que la produce, es decir requiere la concurrencia de un acto o hecho posterior. Estos pueden ser: **a)** Por no sobrevivencia, incapacidad o renuncia del instituido. **b)** Caducidad por perecimiento del bien. **c)** Caducidad de las disposiciones testamentarias condicionales y a término incierto.

A diferencia de la revocación en la que es necesaria la conducta del testador dirigida a revocar la disposición, la caducidad se produce figura “*ope legis*”, es decir, opera automáticamente de

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

**2.7.3. Nulidad de testamento.-**

En términos sencillos, la nulidad es la ineficacia de un acto jurídico, por faltar en el los requisitos esenciales de constitución y de validez, causas coetáneas al nacimiento del acto determinados por ley, de carácter imprescriptible, de orden público, insubsanable e incofirmable y puede ser ejercida por cualquier persona que tenga interés.

Al testamento le aplican las normas propias de la nulidad de los actos jurídicos en general (cuyas causales de nulidad son las contenidas en los Arts. 546 al 559 del Cod. Civil con relación a los Arts. 452, 473 al 482, 483 al 493). En adición, existen causas especiales de nulidad e incluso anulabilidad del testamento, estas últimas referidas a la incapacidad de testar (Art. 1207 del Cod. Civil).

La nulidad puede ser total o parcial; total si se pretende invalidar el acto mismo, en cambio será parcial cuando se pretenda dejar sin efecto alguna o algunas de sus disposiciones.<sup>38</sup>

---

derecho por efecto de las circunstancias sobrevenidas extrañas a toda influencia del testador. Los siguientes casos de revocación, requieren demanda judicial, para que la revocación tenga lugar: **a)** Cuando el de cujus haya testando no teniendo hijos o descendientes. El hecho de la sobrevivencia de un hijo o sobrevenido reconocimiento de un hijo, determina la caducidad del testamento y, al quedar sin efecto el testamento entra en su lugar la sucesión legítima. **b)** La ignorancia del testador de tener hijos, en el acto de la confección del testamento. El hecho objetivo de la existencia ignorada del hijo, conduce al mismo efecto de la ineficacia sobrevenida del testamento, por caducidad.

Los siguientes supuestos son especiales, la caducidad no opera y la disposición testamentaria queda firme: **a)** El testador previniendo el caso de tener hijos, haya previsto a ellos contemplados en el testamento aunque con carácter eventual. **b)** El caso en que los hijos no entren a la sucesión. Caso de premoriencia, indignidad (posterior al testamento), renuncia a la herencia. **c)** La caducidad no opera cuando no deba darse lugar a representación. El testamento resulta eficaz.

<sup>38</sup> Son causas de nulidad, en parte comunes a otros negocios, las siguientes: **a)** Por falta de causa cuando pueda probarse que el de cujus, al redactar testamento, no quería disponer de los propios bienes para después de la muerte, o sea, que no quería realizar el acto de última voluntad. **b)** Causa errónea en el testamento, esto es, que el testador haya creído realizar un acto diverso del testamento. Hay error que ocasiona la nulidad cuando aquel versa sobre el motivo determinante de la liberalidad, siempre que este sea el fundamento mismo de la voluntad del testador. Por ejemplo, la elección de un nuevo sucesor por la falsa creencia de que ha dejado de existir el anterior (MAFFIA, 1984, p. 124). **c)** Cuando se ha señalado los vicios de la voluntad, son motivos que operan sobre la formación de la voluntad y como tales son relevantes, las figuras de error, dolo o violencia compulsiva, los motivos de la voluntad testamentaria determinan la nulidad **d)** La

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

### 2.7.4. La anulabilidad del testamento.-

Entendida como la causa de invalidez del acto por vicios coetáneos al nacimiento del mismo previstos por ley, es subsanable, sujeta a prescripción y ejercida solo por las personas en cuya defensa ha sido establecida.

El testamento, normalmente, es afectado de anulabilidad cuando la voluntad del testador no ha sido libre y ha sido viciada sujeta a error, violencia o dolo (los vicios del consentimiento) incluyendo las incapacidades de contratar de menores de edad e interdictos (Art. 484 del Cod. Civil).<sup>39</sup>

### 2.7.5. Ineficacia.-

---

forma en el testamento se concibe como elemento esencial (forma constitutiva), sancionada con nulidad en caso de omitirse. **e)** Son nulos por razón sustancial, los testamentos conjuntos y recíprocos. **f)** Son nulas las disposiciones testamentarias a favor de personas respecto de las cuales la ley contempla una incompatibilidad (tutor, protutor, notario, testigos, interprete, redactor del testamento, personas interpuestas). **g)** La incapacidad (legal o natural) de testar es razón de impugnación (anulación), y puede hacérsela valer por quienquiera que tenga interés en ello. **h)** Falta de voluntad existe cuando la persona del instituido haya sido indicada de manera errónea o incompleta, hasta el punto de no coincidir en absoluto la identidad del instituido (emplear involuntariamente un nombre o emplear un nombre que lleven varias personas homónimo); error obstáculo u obstativo, recae sobre la identidad de la persona del instituido.

<sup>39</sup> Subsanación de la nulidad del testamento; Por regla, frente a la nulidad no hay subsanación. De manera que es necesario explicar en que se funda el principio de “subsanabilidad de la nulidad de los testamentos” y bajo que presupuestos opera. Al respecto, tenemos las siguientes hipótesis: **a)** Por política legislativa, el legislador ha considerado que el heredero legítimo, que es normalmente el sujeto confirmante, sea el mejor juez de la oportunidad de eventualmente no aprovecharse de la defensa dispuesta en su favor (acción de declaración de nulidad). El ordenamiento jurídico proporciona al heredero legítimo el modo de hacer posible, con su comportamiento, que la última voluntad del difunto sea igualmente respetada, pese a ser contenedora de una causal de nulidad, la sanabilidad de la nulidad tiene lugar, *utilitatis causa*. **b)** El segundo supuesto es, que el heredero legítimo haya confirmado o haya dado ejecución voluntaria al testamento; el legislador ha pensado que, por la confirmación o con la ejecución voluntaria, el heredero se ha comprometido, suscitando una legítima expectativa en el favorecido por el testamento. **c)** Se requiere el conocimiento de la causa de la nulidad, porque no se concebiría una convalidación por parte de quien ignora la invalidez y no supiese que la podía hacer valer; La acción de nulidad de testamento prescribe a los cinco años desde la muerte del testador o desde que se conoció el testamento (Art. 1207 del Cod. Civil). Entendiendo que las causas de nulidad son inconfirmables e imprescriptibles y las de anulabilidad confirmables y prescriptibles, la citada solución debiera alcanzar únicamente a las causas de anulabilidad. (Art. 1207-II del Cod. Civil).

### *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

La ineficacia es cosa diversa de la invalidez. El testamento es ineficaz durante la pendencia de la condición suspensiva aun pudiendo ser plenamente valido; y resulta ineficaz por la verificación de la condición resolutoria. Es ineficaz cuando sea revocado o caducado.<sup>40</sup>

### **3. Los contratos de anticipo de legítima como figura contractual independiente de los contratos de donación y de los testamentos.**

A manera de simple antecedente se debe tener presente como, desde el derecho romano, se ha confundido de manera equivocada las donaciones con los pactos de herencia futura y, a su vez, las donaciones con los testamentos. GARRIDO Y ZAGO (1998, p. 447), resumen: “En el derecho romano la teoría de las donaciones fue vinculada por los estudiosos con los pactos legítimos. Las legislaciones dictadas con posterioridad, debido a la estrecha vinculación que –según consideraron- existía entre las donaciones y los testamentos, regularon sus disposiciones en secciones o títulos de una misma reglamentación.”, de ahí que, el contrato de donación fue *–por un tiempo–* regulado por reglas comunes con el testamento y, el contrato de anticipo de legítima ha sido entendido casi siempre como subespecie del contrato de donación.

Hoy en día, las nuevas tendencias diferencian nítidamente la donación del testamento, pero ¿Qué con los contratos de anticipo de legítima con relación al contrato de donación? Es momento de demostrar cuan diferentes y autónomos son.

#### **3.1. Concepto y naturaleza jurídica.-**

Entendemos por contrato de anticipo de legítima, aquel contrato sobre herencia futura distributivo, gratuito, mediante el cual el futuro de *cujus*, con el ánimo de anticipar parte de la futura herencia y consecuentemente distribuir en vida parte de las porciones hereditarias, entrega o transfiere de forma actual a uno de sus futuros

---

<sup>40</sup> Tenemos como casos de ineficacia, los siguientes: **a)** El caso de premoriencia del llamado al testador cuando no opere la sustitución, o el derecho de representación y en caso de que exceda la porción disponible. **b)** Cuando el testamento asigne a alguno de los hijos o al cónyuge una cantidad de bienes superior a la fijada por ley, el testamento es parcialmente ineficaz, precisamente, en los límites de la disposición relativa a la parte de bienes que excede de los límites de ley. **c)** Puede haber ineficacia sobrevenida cuando la disposición testamentaria en favor de entidad no reconocida, no se presente oportunamente la petición de reconocimiento o el reconocimiento sea negado.

### *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

herederos forzosos, parte o toda, la porción de la legítima que le correspondería una vez que se abra la sucesión.

Cabe diferenciar que por su parte, la donación que realiza una persona a favor de un potencial futuro heredero suyo, no constituye pacto sucesorio o contrato sobre sucesión futura, porque la donación como tal únicamente produce efectos *inter vivos*, el objeto de la transferencia no es parte de la herencia –y es más, tampoco se puede aceptar herencia alguna en vida Art. 1018 del Cod. Civil- sino un bien determinado o individualizado entregado como liberalidad y a título de donación.

Aspecto distinto es que si una vez abierta la sucesión se confirma el carácter del de cujus (del donante) y de heredero forzoso (del donatario), el bien donado importa parte de su porción hereditaria como efecto de una eventual acción de colación por otro heredero forzoso, a menos que, previendo la posibilidad de esta eventualidad, el contrato de donación haya sido realizado bajo modalidad de “dispensa de colación” (Art. 1254 del Cod. Civil), en cuyo caso, el bien donado se imputa a la porción disponible del causante en lugar de a la legítima de los herederos forzosos. (Art. 1255-II del Cod. Civil).

En cualquier caso, la donación a heredero forzoso con o sin dispensa de colación, es y no deja de ser una donación en sentido estricto, sujeta a una condición suspensiva – *cuyo hecho futuro e incierto es que el donante se convierta en de cujus y el donatario su heredero forzoso*- que una vez materializada, no trasciende en los efectos principales del contrato de donación que surten una vez perfeccionado el contrato, sino como efecto de la colación, cual es la imputación de dicha liberalidad a la porción de legítima o a la porción disponible, del patrimonio hereditario.

Por ello, no debería confundirse el contrato de donación con el contrato sobre sucesión futura de anticipo de legítima. No se pierda de vista que, el objeto del contrato de anticipo de legítima siempre versa sobre una futura herencia, precisamente constituida por una cuota parte de la legítima de los herederos forzosos. El objeto de la donación en cambio, por lo normal versa sobre un bien o derecho actual, no sobre una futura herencia.

Partiendo de lo señalado anteriormente, observaremos que el contrato de anticipo de legítima reúne todas las características y elementos constitutivos de los contratos sobre sucesión futura, siendo esa su verdadera naturaleza.

## *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

### **3.2. Características.-**

Son características del contrato de anticipo de legítima, como contrato sobre sucesión futura, los siguientes:

#### **3.2.1. Negocio jurídico bilateral.-**

Como cualquier contrato, no es suficiente ni basta la voluntad del otorgante de la distribución (futuro *de cujus*) sino que además requieren la aceptación del futuro heredero forzoso.

Por otro lado, debe precisarse que si bien es normal que en los contratos sobre sucesión futura en general, el otorgante no es el único que se obliga contractualmente, sino también el recipiente puede obligarse y quedar reatado a cumplir una contraprestación. En el caso del contrato sobre sucesión futura distributivo de anticipo de legítima, dicha posibilidad está prohibida y debe excluirse, porque la legítima no puede subordinarse a contraprestaciones, modificaciones, disminuciones, cargas o condiciones, bajo pena de nulidad. (Art. 1066-II del Cod. Civil).

#### **3.2.2. *Inter vivos y mortis causa.*-**

El contrato de anticipo de legítima, es un contrato que produce efectos inter vivos por cuanto, son celebrados por dos o más personas vivientes, crean una relación inter subjetiva que une correlativa e inmediatamente a las partes, confiriendo desde su otorgamiento la transferencia de un derecho de forma irrevocable en principio, sin dependencia de la muerte de una de las partes. El comienzo de su eficacia no depende estrictamente del deceso del autor del acto.

Simultáneamente, los contratos de anticipo de legítima son actos mortis causa, pues el derecho atribuido, eventual, se transforma en pleno y definitivo con la apertura de la sucesión. El objeto de la atribución por lo normal ya es concreto, pero forma parte de la legítima, cuya existencia, consistencia, modo de ser o determinación exacta, se determina al tiempo de la muerte de la persona que hizo la atribución, es decir, se realiza *contemplatio mortis*.

#### **3.2.3. Gratuito.-**

### *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

Los contratos sobre sucesión futura en general, son gratuitos u onerosos, dependiendo y según la atribución del derecho sucesorio eventual se efectuó en consideración a una contraprestación. (ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, 1951; p. &30. Ap VII, nota 16)

En el caso de los contratos de anticipo de legítima, únicamente pueden ser gratuitos, porque –como habíamos expresado- estos contratos no pueden estar sujetos a contraprestaciones, cargas o condiciones.

#### **3.2.4. Irrevocables.-**

Por regla general, los contratos sobre sucesión futura son irrevocables por la bilateralidad necesaria en su formación, sin embargo la excepción es su revocabilidad.

El futuro causante puede unilateralmente revocar el contrato, total o parcialmente, si acaso ha previsto la reserva de hacerlo. La revocación unilateral puede fundarse en una estipulación del pacto por la cual el futuro de *cujus* se reservó expresamente el derecho de extinguirlo, ya sea por acto *inter vivos* o de última voluntad; incluso puede fundarse en la existencia de una causa legal de revocación (*ingratitude*, incumplimiento de cargos, etc.)

Más aun, siendo la vinculación hereditaria contractual gratuita, el pacto sucesorio presupone una actitud de especial consideración hacia el futuro heredero, para adelantarle su porción hereditaria. La omisión del deber de consideración justifica la solución legal que autorice revocarle, debiendo contemplarse, por analogía, las normas sobre la revocación de donaciones y legados por *ingratitude*.

Diferente es la donación, cuya característica elemental es la irrevocabilidad.

#### **3.2.5. Limitado o restringido por la ley (en protección de la legítima).-**

En todas las legislaciones que admiten los contratos de sucesión futura de forma general o a título de excepción, estos contratos deben observar y respetar las reglas que protegen el sistema legal sucesorio (respecto a la protección de la legítima).

El contrato sobre sucesión futura de anticipo de legítima, como es lógico, en el proceso formación y de transmisión anticipada de esa legítima al

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

futuro heredero forzoso como consecuencia del contrato, debe respetar las reglas de protección, conservación y entrega de la legítima, tanto del futuro heredero forzoso contratante como de otros posibles herederos forzosos que no intervienen en el contrato, pero que, tiene potencial derecho a esa misma legítima.

#### 3.2.6. Son solemnes.-

Las legislaciones que admiten los contratos sobre sucesión futura establecen para su validez y eficacia, el cumplimiento de solemnidades ineludibles –ad solemnitatem- porque se refieren al derecho de sucesiones y este se rige por normas de orden público, formalidades que tienen el objeto de garantizar el patrimonio que al fallecimiento de su titular ha de distribuirse en el grupo familiar, o de terceros, de acuerdo regulan las reglas que la ley prevé.

En ese sentido, ningún código deja que el contrato sucesorio sea elaborado en documento privado; por el contrario, se exige extrema formalidad, debiendo otorgarse ante Juez o Notario, con presencia de ambas partes y testigos, además de prohibir la representación convencional.

Sobre las formalidades que debe cumplir el contrato de anticipo de legítima, nuestra legislación no indica nada al respecto, como habíamos revisado en el numeral 3, capítulo IV del presente trabajo de investigación.

#### 3.2.7. Atípico.-

El contrato de anticipo de legítima no se encuentra previsto de forma concreta o determinada en el ordenamiento jurídico, sino por el contrario, surge de la iniciativa de las partes contratantes *-en ejercicio de su libertad contractual y autonomía privada de la voluntad de establecer las condiciones de los negocios jurídicos-* de crear un sinfín de contratos, subordinados a la única condición de respetar los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica (Art. 454-I-II y 1279 del Cod. Civil).

Tanto para contratos típicos como atípicos, es exigible el cumplimiento de los requisitos de todo contrato (Art. 452 del Cod. Civil). Sin embargo, las reglas de su interpretación son distintas. Al respecto KAUNE (2011, p. 87) expresa:

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

“Para la interpretación de los contratos nominados, a falta de cláusulas concretas, se deberá hacer uso...de las normas supletorias contenidas en el Código y destinadas al contrato tipo respectivo, en cambio para la interpretación de los contratos innominados, como quiera que tales normas supletorias no existen, deberá atenerse en forma estricta a las cláusulas insertas en el respectivo documento donde consta el contrato innominado, sin perjuicio de seguir el referido procedimiento a fin de encontrar su posible ubicación, por el parecido de sus caracteres, dentro de la clasificación de los contratos para así poder aplicar sus regulaciones que puedan corresponderle...”

En efecto, es posible que al contrato falte cláusulas expresas, en cuyo caso se debe acudir a las reglas de interpretación de los contratos. Tratándose de un contrato típico se acude a las normas supletorias que están contenidas en el mismo código civil sustantivo que regulan el contrato tipo; En cambio, para un contrato atípico debe acudirse a la forma estricta de sus cláusulas además de ubicar al contrato, por la similitud de sus caracteres, dentro de la figura de algún contrato típico, para aplicarle sus reglas.

Esta solución es la que se aplica hoy en día al contrato innominado de anticipo de legítima, subsumiéndolo e interpretándolo a las reglas del contrato nominado de donación. Sin embargo, como demostraremos en este capítulo, las reglas del contrato de donación no son suficientes, tampoco pertinentes, para regular todos los efectos del contrato de anticipo de legítima.

### 3.3. Elementos y requisitos de formación del contrato.-

Por su naturaleza contractual, el contrato de anticipo de legítima, para su formación debe contener los elementos de formación de cualquier contrato, además de los requisitos especiales de los contratos sobre sucesión futura.

#### 3.3.1. Consentimiento.-

Es necesario que las voluntades de las partes contratantes *–futuro de cujus y futuro heredero forzoso–* coincidan y se integren para la formación del consentimiento, originador de la relación contractual.

La formalización del contrato de anticipo de legítima no producirá ningún efecto hasta el día en que la oferta de entrega de adelanto o anticipo de la

### *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

porción legítima haya sido expresamente aceptada por el futuro heredero forzoso y dicha aceptación, haya llegado al conocimiento del otorgante (teoría del conocimiento Art. 455-I del Cod. Civil).

Los descendientes, ascendientes y cónyuge son las únicas personas que pueden adquirir la calidad de herederos forzosos y consecuentemente tener algún derecho sobre la legítima de su causante, por ello, son los únicos legitimados para otorgar el contrato de anticipo de legítima (contrato restrictivo). Otras personas que no gocen esa calidad quedan automáticamente excluidas para revestir la calidad de parte contratante en este negocio jurídico.

Sin embargo de lo anterior surge una dificultad, como se ha dicho anteriormente es usual en la práctica jurídica el contrato de anticipo de legítima se haya asimilado al contrato de donación –*en virtud a las reglas de interpretación de los contratos*- para regular sus requisitos de formación, regulación y extinción, empero, tratándose de la donación este negocio jurídico está prohibida entre cónyuges de acuerdo al Art. 666 del Cod. Civil, pero, ¿acaso también estaría prohibido anticiparle la legítima al cónyuge, a la que por ley tiene derecho? Sobre esta particularidad nuestro ordenamiento jurídico civil no prevé nada al respecto, aunque en realidad no contiene ninguna regulación especial para los contratos de anticipo de legítima.

Por nuestra parte, creemos que la prohibición de donación entre cónyuges debería ser extensiva incluso a los contratos de anticipo de legítima, en razón a que tanto el negocio jurídico de donación como de anticipo de legítima implican una transferencia actual de un derecho y, por tanto, los mismos riesgos y motivos que fundan la prohibición para la donación se encontrarían latentes en el otorgamiento del contrato de anticipo de legítima, por ello, es perfectamente aplicable la misma solución de prohibición.

#### **3.3.2. Capacidad.-**

La capacidad contractual, es la aptitud que tienen las personas para adquirir por sí mismas derechos y contraer obligaciones, mediante contrato (KAUNE, 2011, p. 139).

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

En las legislaciones que se admite los contratos sobre sucesión futura – *principalmente en la legislación alemana y suiza como hemos revisado*-, la capacidad exigida no es la misma que se requiere para hacer un testamento o un contrato ordinario *inter vivos*, sino, se exige mayores condiciones, se exige plena capacidad de obrar y ser mayor de edad.

Lo anterior, no tiene mayor incidencia en nuestra legislación, porque sobre la capacidad para otorgar contrato sobre sucesión futura no hay norma expresa y, remitiéndonos a las reglas de los contratos en general, por principio, toda persona legalmente capaz –*mayor de edad*- puede contratar (Art. 483 del Cod. Civil), siendo incapaces los menores de edad, interdictos y aquellas personas a quienes la ley prohíbe celebrar ciertos contratantes (Art. 484 del Cod. Civil)

Por su parte, las legislaciones que admiten los contratos sobre sucesión futura, *-por la importancia que implica una disposición de esa clase-* no permiten la representación convencional en su otorgamiento, en dichos ordenamientos jurídicos exigen participación directa, presencia simultánea de ambas partes, quienes deben declarar su voluntad ante el oficial público (Notario de Fe Publica) o Juez, quedando prohibida la representación convencional del otorgante aun siendo capaz de obrar los otorgantes.

En nuestra legislación, no existe ninguna regla que limite o suprima la representación convencional cuando se trata de contratos sobre sucesión futura, esto implicaría que debamos estar a las reglas de representación previstas para los contratos en general (Art. 467 al 472 del Cod. Civil), aunque esto resulte antinatural en un contrato sobre sucesión futura.

#### 3.3.3. Objeto.-

De acuerdo a las diferentes acepciones de “objeto del contrato”, pasamos al siguiente análisis concreto al contrato sobre sucesión futura de anticipo de legítima.

El objeto como “la operación jurídica que las partes pretenden realizar. Esa operación se distingue de las prestaciones prometidas que son el objeto de las obligaciones” (MAZEAUD, 1969, p.267) , en el contrato de anticipo de herencia, es la distribución anticipada de la legítima, que constituye una cuota o parte de una herencia futura.

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

Por otra parte, el objeto cosa, es siempre un bien o derecho que constituye una porción de la legítima que corresponde a una herencia futura o parte de ella. No hay duda que el objeto del contrato versa sobre una herencia futura, distintivo de esta clase especial de contratos.

Finalmente, el objeto del contrato entendido como la prestación debida, es en el caso, una prestación de dar o entregar, anticipadamente la legítima.

#### 3.3.4. Causa.-

La causa del contrato, siguiendo a la fuente italiana reconoce a la “causa del negocio jurídico”, entendida como la función técnica-objetiva, que pone en movimiento el negocio jurídico y establece la relación conmutativa, para alcanzar fines prácticos económicos, típicos, directos, abstractos, constantes, inmutables e impersonales, rigurosamente idénticos en todos los negocios que pertenecen a la misma categoría y que fatalmente persiguen las partes al contratar. (KAUNE, 2011, p. 173)

Los contratos sobre sucesión futura *-como se ha dicho-* pueden ser gratuitos u onerosos. Si el contrato sobre sucesión futura es gratuito, la causa por lo normal es el “*animus donandi*”. Si acaso fueran onerosos, la causa del contrato sobre sucesión futura sería la contraprestación.

Ahora bien, la causa del contrato sobre sucesión futura distributivo gratuito de anticipo de legítima, el “*animus donandi*”, debe entenderse en realidad como el ánimo de entregar anteladamente la futura herencia, porque ciertamente, la causa en este contrato no es la intención de procurar un enriquecimiento para el otro contratante *-como en la donación-*, sino, simplemente anticiparle la porción de la legítima al futuro heredero forzoso que, de todos modos en un futuro, le corresponderá por ministerio de la ley y la recibirá de todos modos. Por ello, en este caso no hay intención de procurar enriquecimiento alguno, solo anticipación de herencia.

Por su parte, el “móvil o motivo del negocio”, es entendido como el fin subjetivo, personal, concreto, mediato, inconstante, mutable y diferente inclusive entre los contratantes que se encuentran en igual calidad y en contratos que pertenecen a la misma categoría y que persiguen las partes al contratar (KAUNE, 2011, p. 176), que en el suma, significa que el móvil o motivo contractual siempre será distinto, pudiendo constituirse en este caso

### *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

como el deseo de evitar problemas en la futura división y partición de la herencia, o entregar a cierto futuro heredero forzoso preferido determinado bien específico, de modo que dicha disposición se respete una vez abierta la sucesión, evitar procesos sucesorios judiciales, etc.

#### **3.3.5. Forma.-**

La forma en los contratos, es el modo en el que se exterioriza el negocio jurídico que contiene disposiciones normalmente patrimoniales y, se presenta ante el mundo exterior, haciendo identificable la figura contractual que las partes celebran.

La forma indispensable en los contratos sobre sucesión futura, de acuerdo a la evolución en las legislaciones que lo admiten *-como hemos revisado-*, es la otorgación ante Juez o ante Notario de Fe Pública, en presencia personal de ambas partes (prohibición de representación), además de algunas formas exigidas para el testamento, como la intervención de testigos.

Por su parte, nuestra legislación no dispone nada ni prevé ningún tipo de forma o solemnidad concreta para otorgar cualquier contrato sobre sucesión futura permitido, de ahí que, si aplicáramos las reglas de los contratos en general, los contratos sobre sucesión futura no requerirían la formalidad de otorgarse por escritura pública (Art. 491 del Cod. Civil), ni siquiera sería necesario que se celebren por escrito, ya sea por documento público o privado (Art. 492 del Cod. Civil), de modo tal que, tendríamos que entender que serían admisibles los contratos sobre sucesión futura verbales (Art. 1005 del C. Civil). A todas luces esta situación sería alarmante y antinatural con relación a la naturaleza y características de este contrato con efectos mortis causa.

#### **3.4. Modalidades.-**

En este punto, recordemos que los contratos sobre sucesión futura en general otorgan un derecho eventual y no un derecho sujeto a modalidad, lo que ocasiona como efecto contractual inter vivos, que el otorgante pueda ejercitar su derecho a disponer sobre su patrimonio por actos inter vivos aun después de realizado el contrato sobre sucesión futura, en razón que el “futuro heredero” no tiene derecho actual sobre el patrimonio de su “futuro causante”, sino una simple expectativa sobre el mismo.

## Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

Este derecho eventual objeto de los contratos sobre sucesión futura, puede ser transferido con condición suspensiva o resolutoria, plazo suspensivo o incluso carga. Es decir, las modalidades son permitidas cuando se trata de contratos sobre sucesión futura en general, normalmente los de tipo institutivo, renunciativo o abdicativo y dispositivo.

Pero, en el caso del contrato sobre sucesión futura distributivo de anticipo de legítima, por el carácter de protección a las legítimas que tiene este contrato, las disposiciones de transmisión patrimonial que contenga el contrato, no pueden implicar subordinación a contraprestaciones, modificaciones, cargas o condiciones (Art. 1066-II del Cod. Civil), lo que quiere decir que, no es admisible ningún tipo de modalidad en el contrato de anticipo de legítima, a diferencia de otros contratos sobre sucesión futura.

Por el contrario, si acaso aplicáramos al contrato de anticipo de legítima análogamente *-por las reglas interpretación de interpretación de contratos atípicos-* las normas que regulan los contratos en general o el contrato de donación, como se ha hecho hasta el día de hoy, tendríamos como resultado una contraproducente permisibilidad de imponer modalidades al anticipo de legítima, solución que desnaturalizaría a este contrato sobre sucesión futura.

### 3.5. Efectos.-

Como todo contrato, su virtud es crear, modificar o extinguir derechos y/o obligaciones entre los contratantes. Así, como todos los contratos sobre sucesión futura, los contratos de anticipo de legítima producen sus efectos inter vivos y mortis causa simultáneamente. Pasemos a revisar los siguientes efectos:

#### 3.5.1. Efectos *inter vivos*.-

Que comprenden los efectos producidos antes de la apertura de la sucesión, constituyéndose en los siguientes:

- a) El “futuro heredero forzoso” *-a diferencia de otros contratos sobre sucesión futura-* no adquiere un absoluto derecho eventual a suceder, sino, un derecho actual sobre uno o varios bienes concretos, que posteriormente serán atribuidos a la porción que le corresponde de la

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

legítima, una vez abierta la sucesión. Determinadas con exactitud las porciones de legítima, se sabrá con precisión si los bienes anticipados cubren parte, todo o sobrepasan la porción hereditaria que le corresponde al heredero forzoso. Es decir, lo que sí es eventual, es si los bienes transferidos además de ser colacionados serán o no sujetos a reducciones en favor de los demás herederos forzosos.

- b) Como consecuencia del primer efecto, el “futuro de cujus” no continua siendo propietario del bien o derecho que transfiere después de la suscripción del contrato –*como si sucede en los contratos sobre sucesión futura institutivos y dispositivos*-, de tal manera que la transferencia del bien o derecho que integrara la futura legítima anticipado mediante contrato, opera inmediatamente y el otorgante no puede disponer de ellos a título oneroso o gravarlos con derechos reales.
- c) El contrato sobre sucesión futura es irrevocable, por la naturaleza contractual y bilateral del mismo. Sin embargo, el otorgante “futuro de cujus” puede dejar sin efecto el contrato unilateralmente mediante revocación, total o parcial, sea por testamento o por contrato, siempre que se haya reservado ese derecho.

Este es un efecto propio de los contratos sobre sucesión futura y, a su vez, totalmente opuesto o contrario al contrato de donación, en el que no se puede dejar la revocación en manos del otorgante.

El “futuro heredero forzoso” contratante no puede ceder a otros sus derechos previstos en el contrato sucesorio, porque tal convenio o contrato sobre sucesión futura dispositivo además de estar prohibido por ley, importaría cesión de herencia futura. Sin embargo ello, no alcanza a los actos de disposición que pueda realizar el “futuro heredero” a título oneroso.

**3.5.2. Efectos *mortis causa*.-**

Son aquellas consecuencias que tienen lugar a la muerte del causante, que implica la apertura de la sucesión, produciendo los siguientes efectos:

- a) **Colación ineludible.-** La vocación sucesoria del “futuro heredero forzoso” es siempre en calidad de heredero universal y nunca

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

particular. El llamamiento no tiene por causa el contrato de anticipo de legítima sino la ley, ya que responde a una sucesión legal y no contractual.

Una vez abierta la sucesión, el contrato sobre sucesión futura de anticipo de legítima, solo tiene efectos en la distribución de la herencia, por cuya razón, los bienes que “el futuro heredero” ha adquirido con anterioridad a la apertura de la sucesión por efecto del contrato, en la división y partición de herencia, deben imputarse a su cuota parte.

Es decir, la colación es obligatoria en el contrato de anticipo de legítima y lo recibido siempre se imputa a la porción legítima del “futuro heredero forzoso”, a diferencia del contrato de donación que puede realizarse bajo modalidad de dispensa de colación. De ahí el *nomen iuris* “contrato de anticipo de legítima”.

- b) Obligación implícita de aceptar la sucesión.-** La otorgación del contrato de anticipo de legítima produce como efecto mortis causa obligación implícita de aceptar la herencia una vez abierta la sucesión. Lo anterior se justifica porque la transferencia del derecho sobre bienes que constituyen la futura herencia no es eventual, sino actual y real al momento de la suscripción del contrato, lo que le otorga al “futuro causante” todos los poderes del derecho de propiedad sobre esos bienes, incluso el de disposición.

Consecuentemente, una vez abierta la sucesión el “futuro heredero forzoso” ya habrá ejercido su derecho de propiedad sobre los bienes hereditarios, conducta que automáticamente implicara aceptación de herencia tacita (Art. 1025-I-III del Cod. Civil).

Eludir los efectos y las consecuencias anteriores sería casi imposible, lo normal es que el “futuro heredero forzoso” al adquirir la propiedad de los bienes realice actos de administración extraordinaria. Lo común también es, que el motivo que impulso el perfeccionamiento del contrato es la intención del “futuro de cuius” de dotar a su “futuro heredero forzoso” de bienes que pueda disponer, porque caso contrario no habría necesidad de anticiparle bienes.

### Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima

- c) **Responsabilidad *ultra vires*.**- El “futuro heredero forzoso” tratándose de un heredero a título universal que ha aceptado la herencia de forma tácita, quedando obligado a pagar todas las deudas del *de cujus* respondiendo con todo su patrimonio, extendiéndose su responsabilidad *ultra vires*.

#### 3.6. Formas de extinción.-

Los contratos sobre sucesión futura pueden extinguirse por causas especiales a su naturaleza, como también se extinguen por las causas aplicables a los contratos en general. Así, podemos distinguir las siguientes:

- a) **Por el cumplimiento de sus fines.**- La extinción natural del contrato de sucesión futura se produce por el cumplimiento integral de las obligaciones emergentes de las estipulaciones contenidas en el contrato.

En los contratos distributivos, como en el caso, el cumplimiento radica en que, a momento de la división y partición del acervo hereditario, el “futuro heredero forzoso” colacione el o los bienes recibidos en calidad de anticipo de legítima y las impute a su porción hereditaria.

- b) **Por mutuo disenso.**- El vínculo jurídico contractual puede extinguirse por el mutuo acuerdo de todos los sujetos que intervinieron en la suscripción del mismo (Art. 519 del Cod. Civil).

En el derecho alemán, existe la particularidad que el mutuo disenso debe ser manifestado bajo la forma de un nuevo contrato con las mismas solemnidades del pacto sucesorio, o testamento conjunto.

- c) **Por declaración de nulidad.**- La vocación sucesoria emergente de un contrato sucesorio puede eliminarse por la declaración de su nulidad. Con las correspondientes adecuaciones, son aplicables las normas de nulidad y anulabilidad ordinarias de los actos y negocios jurídicos.

- d) **Acción judicial de reducción, colación o simulación.**- Por el contenido de los contratos sobre sucesión futura, es alta la posibilidad de que una vez abierta la sucesión se materialice la vulneración de la legítima, en cuyo caso, los herederos legitimarios están legitimados a

### *Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

hacer uso de las acciones judiciales de reducción, colación o simulación, para recomponer la legítima afectada.

Aunque los caracteres de dichos medios judiciales de impugnación del contrato sobre sucesión futura tienen fisonomía propia.

- e) **Por revocación unilateral.-** No debemos olvidar que la regla general en los pactos sobre herencia futura es la irrevocabilidad, sin embargo la excepción es su revocabilidad.

La revocación unilateral puede fundarse en una estipulación del pacto por la cual el instituyente se reservó expresamente el derecho de extinguirlo, ya sea por acto inter vivos o de última voluntad; incluso puede fundarse en la existencia de una causa legal de revocación (ingratitude, incumplimiento de cargos, etc.)

Los casos legales de revocación de los pactos sucesorios tienen estrecha similitud con los de revocación de donaciones y legados. Aunque la vinculación hereditaria contractual no fuese gratuita, el pacto sucesorio presupone una actitud de especial consideración hacia el instituido. La omisión del deber de consideración justifica la solución legal que autorice revocarle, debiendo contemplarse las normas sobre la revocación de donaciones y legados por ingratitude.

#### **4. Consideraciones finales.-**

Como hemos podido observar, el contrato de anticipo de legítima tiene rasgos o “zonas comunes”, tanto con la donación y a su vez con el testamento, sin embargo ello de ninguna manera implica que se trate de una sub especie del contrato de donación y mucho menos del acto de última voluntad testamento.

Por el contrario, como hemos demostrado en el desarrollo de este trabajo de investigación, las características y elementos constitutivos del contrato de anticipo de legítima condicen con las de un contrato sobre sucesión futura, siendo esa su naturaleza y su género como institución o instrumento jurídico contractual, por la cual debería regularse supletoriamente en cuanto a sus requisitos necesarios de formación, efectos y extinción, de forma correcta y acorde a la naturaleza del mismo contrato.

*Capítulo V. Los Contratos de Anticipo de Legítima*

Sin embargo, hasta el día de hoy, lo anterior no ha tenido consideración o repercusión en nuestro medio, pues dentro de nuestra costumbre y práctica jurídica cotidiana es frecuente que se entienda y se asimile al contrato de anticipo de legítima tal cual fuera una sub especie del contrato de donación, lo que no es, como hemos comprobado.

Por ello, mediante el presente trabajo de investigación esperamos motivar en los ciudadanos, abogados y jueces al menos una reflexión sobre el particular, presentar una postura alternativa sobre el entendimiento del contrato de anticipo de legítima, su naturaleza y regulación normativa, que nos proporciona, desde nuestro punto de vista, un tratamiento mucho más adecuado de los instrumentos jurídicos contractuales que utilizamos en nuestra vida cotidiana.

## CAPÍTULO VI.

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 1. CONTENIDO.

En merito a los argumentos expuestos en los Capítulos precedentes del presente trabajo de investigación, desglosado el objeto de investigación principal, analizado por partes y en su conjunto, además de la normativa nacional y extranjera, la doctrina y la jurisprudencia relevante que constituye y hace a los fundamentos vertidos, provocan como lógica consecuencia, se haya llegado a las siguientes conclusiones y recomendaciones, con las que proponemos dar solución al problema de investigación.

##### 1.1. CONCLUSIONES.-

En respuesta a nuestros objetivos específicos y posteriormente a nuestro objetivo general, concluimos lo siguiente:

#### I.

Los contratos sobre sucesión futura no eran conocidos como tal por los romanos, su sistema sucesorio estaba basado en la “*institutio heredis*” o institución testamentaria. Pese a ello, existían hipótesis o casos particulares, prohibidos o permitidos según los casos concretos, los cuales podrían considerarse antecedentes de pactos sucesorios en el Derecho Romano. Por el contrario, en el Derecho Germánico se desarrolló y consolidó, de forma clara y positiva, los pactos sucesorios o contratos sobre sucesión futura.

El contrato sobre sucesión de futura es aquel cuyo objeto es el todo o la parte de una herencia futura, y cuyo contenido concierne a una disposición o transferencia inter vivos y mortis causa de derechos sucesorios eventuales, consistentes en la institución (contrato de sucesión contractual), renuncia, disposición o distribución (contratos sobre sucesión futura).

Los características de los contratos sobre sucesión futura en general, son las siguientes: **1)** Son actos jurídicos bilaterales, **2)** Con efectos *inter vivos* y *mortis causa* simultáneamente, **3)** Gratuitos u onerosos, **4)** Irrevocables por regla general, pero revocables unilateralmente si se ha pactado, **5)** restringidos en protección de la legítima o la sucesión legítima y **6)** Son solemnes.

## Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones

Los elementos constitutivos de los contratos sobre sucesión futura, son: **1)** el consentimiento de los contratantes, **2)** capacidad especial de los contratantes exigida por ley, para otorgar esta clase de contratos, cuya otorgación debe ser personal quedando prohibida la representación convencional. **3)** el objeto debe estar referido a, la transmisión mortis causa o a la organización y división, de una sucesión no abierta. **4)** la causa, dependerá si se trata de un contrato oneroso o gratuito; en el primer caso la causa responde a la contraprestación, en el segundo al ánimo de liberalidad. **5)** la forma exigida por ley para su otorgación, acto notarial u otorgación ante Juez y testigos.

La extinción de estos contratos es similar a los contratos en general, se extingue por su cumplimiento, incumplimiento de condición resolutive, mutuo disenso, nulidad. Sin embargo, son causas de extinción propias del contrato sobre sucesión futura, la revocación unilateral y la acción judicial de reducción, colación o simulación.

Si bien la mayoría de las legislaciones con orientación romanista -*como la nuestra*- han optado por prohibir los contratos sobre sucesión futura, sin embargo dicha prohibición no es absoluta y encuentra siempre algunos casos de visible permisibilidad. Actualmente, son mayores y cada vez más consistentes los argumentos que consideran que siempre ha existido una imposibilidad de consagrar una prohibición absoluta de los contratos sobre sucesión futura y, por el contrario, la realidad nos revela que una gran variedad de contratos sobre sucesión futura, son y serian, de gran utilidad para prevenir futuros conflictos relativos a la herencia.

### II.

La situación actual en el derecho comparado, debe dividirse en dos, las legislaciones permisivas y prohibitivas.

Las permisivas, que son las legislaciones de corte germánico, en virtud a sus bastos antecedentes, han regulado las clases de contratos sobre sucesión futura permitidos, los requisitos de validez y existencia de los mismos, los presupuestos necesarios en algunos casos particulares, los elementos necesarios para su constitución y otorgación, la regulación de sus efectos y de extinción.

## Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones

Por su parte, las legislaciones prohibitivas –*las legislaciones de orientación romanista*- por lo general contienen pocas normas en sus cuerpos normativos civiles sustantivos para el tratamiento de los contratos sobre sucesión futura. Por lo normal se limitan a establecer como regla la prohibición general de los contratos sobre sucesión futura, aunque, en todas esas legislaciones se han encontrado casos excepcionales, que en mayor o menor grado de intensidad de sus efectos, constituyen pactos sucesorios. Para los casos excepcionales, estas legislaciones no se hallan dotadas de normas que regulen adecuadamente la formación de estos contratos, los efectos que producen y las formas de extinción de los mismos.

### III

En la legislación boliviana, encontramos antecedentes inmediatos de pactos sobre sucesión futura, en el anterior Art. 495 del Código Civil Santa Cruz de 1831, que disponía: “El contrato de sucederse mutuamente es nulo, aunque sea entre marido y mujer. Sin Embargo los militares en guerra, podrán hacer estos pactos, los cuales cesaran inmediatamente que cese el peligro”; claramente se observa una norma prohibitiva, pero excepcionalmente permisible en determinadas circunstancias “militares en guerra”, sujetas a caducidad si acaso cesaren las circunstancias extraordinarias que dieron lugar a su otorgamiento, muy parecido a lo que suceden con los testamentos extraordinarios.

Por otra parte, en el mismo Código Civil Santa Cruz de 1831 también se observan pactos sucesorios de menor intensidad, tales como el poder para testar, donaciones por causa de muerte, pactos sobre sucesión recíproca entre militares en guerra, actos cuyo contenido no tiene la trascendencia o intensidad que si producen los llamados propiamente como contratos sobre sucesión futura.

Actualmente, nuestro Código Civil vigente de 1976 regula los contratos sobre sucesión futura en tres simples normas, del Art. 1004 al Art. 1006 del cuerpo normativo.

De las citadas normas, tenemos la prohibición genérica de los contratos sobre sucesión futura, sin distinciones de clases o matices. La prohibición -como es de suponerse- admite excepción en dos casos: **1)** el contrato sobre sucesión futura propia de carácter institutivo o distributivo que verse o comprometa únicamente la porción disponible, o en caso de no existir herederos forzosos,

## Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones

de todo el patrimonio. 2) El contrato sobre sucesión futura propia distributivo de adquisición preferente entre cónyuges. Fuera de esos casos, no se admite otros contratos sobre sucesión futura.

Producto de la presente investigación, determinamos que la prohibición de aceptar o renunciar a una herencia aun no abierta (Art. 1018 del Cod. Civil), no perjudica la validez de los casos excepcionales en que se permite los contratos sobre sucesión futura. Ello en virtud a que, los contratos sobre sucesión futura institutivos admitidos no implican aceptación de herencia anticipada, el contrato simplemente produce como principal efecto la otorgación de un derecho eventual a la vocación o llamamiento sucesorio, quedando la facultad de aceptar o renunciar a la herencia, intacta hasta que se abra la sucesión y recién pueda ejercerse. Por su parte, los contratos sobre sucesión futura distributivos como los de adquisición preferente entre cónyuges, por su carácter distributivo, simplemente otorgan reglas de adquisición que incidan en la futura división y partición del aservo hereditario, sin contravenir lo dispuesto por el citado Art. 1018 del Cod. Civil.

Sin embargo, más allá de la simple enunciación de los casos permitidos y prohibidos, en nuestra legislación existe una carencia de regulación de los requisitos de formación, efectos y extinción de estos contratos, que por su naturaleza, difieren y no son iguales en todos los aspectos a los contratos inter vivos en general.

### IV

La naturaleza jurídica del contrato de anticipo de legítima es, en realidad, la de un pacto sucesorio o contrato sobre herencia futura propia distributiva, siempre gratuito, por el cual el futuro *de cujus*, con el ánimo de anticipar la futura porción hereditaria y/o distribuir en vida las porciones hereditarias, transfiere a uno de sus futuros herederos forzosos, de forma actual (inter vivos) y con obligación de colación (mortis causa), parte o toda, la porción de la legítima que le fuera a corresponder una vez abierta la sucesión. Como tal, cumple con todos los requisitos de los contratos sobre sucesión futura en general.

Si bien lo común hasta el día de hoy es que se lo haya considerado como una sub especie del contrato de donación –*donación a heredero forzoso o donación con dispensa de colación*– lo cierto es que, de acuerdo a nuestra

## Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones

investigación, dicha asociación e interpretación, que dan lugar a que ambos negocios jurídicos sean regulados por las normas que regulan la donación, son deficientes y erróneas, particularmente por los caracteres especiales y efectos *mortis causa* del contrato de anticipo de legítima, que no permiten que ambos negocios puedan ser regulados de idéntica forma.

Lo anterior no quiere decir que el contrato de donación no tenga similitudes o “zonas comunes” con el contrato de donación o incluso en alguna medida con los testamentos, pero, la parcial similitud no subsana la insalvable carencia de normas que regulen cabal y adecuadamente este contrato.

Los contratos de anticipo de legítima bien podrían regularse sin mayor problema con las reglas de los contratos inter vivos en general y las reglas del contrato de donación con relación a los elementos constitutivos del consentimiento y capacidad de los contratantes, o algunos efectos inter vivos (transferencia actual de un derecho o bien) y algunas formas de extinción (cumplimiento de sus fines, mutuo disenso, declaración de nulidad); En cambio, las normas que regulan los contratos inter vivos en general y el contrato de donación, son contraproducentes a la naturaleza y caracteres del contrato de anticipo de legítima, respecto a, la prohibición de representación convencional del disponente de *cujus* en su otorgamiento, que si es permitida en la donación; el objeto del contrato (operación jurídica) se constituye “la distribución anticipada de herencia” a diferencia de la donación que es “la transferencia de un bien del patrimonio”; El objeto cosa en el anticipo de legítima es necesariamente “un bien o derecho que constituya una porción de la legítima” y no puede ser otro, mientras que en la donación es simplemente un “bien o derecho que se encuentre en el patrimonio del donante, sin importar si forma parte de la legítima o de la porción disponible” incluso *–en la donación a heredero forzoso, con dispensa de colación–* se puede imputar la donación a la porción disponible, lo que no puede suceder con el anticipo de legítima; La causa en el anticipo de legítima es “la manifiesta intención de entregar en vida la futura herencia” mientras que la donación es el “animus donandi” por la que se procura un enriquecimiento al donatario, lo que no sucede en el anticipo de legítima porque la legítima, anticipada o no, es una porción que protege la ley en favor del heredero forzoso; La forma en los contratos sobre sucesión futura, debe ser otorgado ante Juez o ante notario y testigos, de forma directa y personal sin posibilidad a otorgar mandato, mientras que la donación basta otorgarlo ante notario de fe pública, se admite

## Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones

la representación convencional; el contrato de anticipo de legitima, por la protección que la ley dispone sobre la legitima, no admite ninguna modalidad bajo pena de nulidad, la donación en cambio puede disponerse bajo distintas modalidades (condición, plazo, cargo); los efectos inter vivos del anticipo de legitima que no están previstos por las reglas de la donación son “la revocabilidad unilateral, si se ha pactado” aspecto inadmisibles en la donación por su naturaleza y característica de irrevocabilidad; la donación no produce efectos mortis causa como el anticipo de legitima, consecuentemente los siguientes efectos no se hallan regulados ni siquiera supletoriamente, así tenemos la “obligación de colación de lo recibido, con imputación a la legitima”, “obligación implícita de aceptar la herencia una vez abierta la sucesión”, “responsabilidad *ultra vires*” a diferencia del donatario que es sucesor a título particular; Finalmente, el anticipo de legitima puede extinguirse por causas especiales a su naturaleza, como “la revocación unilateral” que no está permitida en ningún caso en la donación por su naturaleza.

### V

Y bien, más allá de la hipótesis de insuficiencia normativa en la regulación del contrato de anticipo de legitima que acabamos de revisar *-que nos ha servido de herramienta para demostrar con mayor claridad que este contrato sobre sucesión futura no es igual al contrato inter vivos de donación-*, el contrato de anticipo de legitima como contrato sucesorio, debe someterse al control de su validez o invalidez, permisibilidad o prohibición, de acuerdo a las reglas que nos proporcionan los Arts. 1004 al 1006 del Cod. Civil. De ahí tenemos que, el contrato de anticipo de legitima no se subsume en ninguna de las dos únicas formas excepcionales de contratos sobre sucesión futura permitida, cayendo entonces, dentro de la prohibición general de otorgar esa clase de contratos.

Precisamente esta última conclusión, nos lleva a manifestar que la hipótesis planteada se ha cumplido. Por tanto, las normas sustanciales que regulan, la permisibilidad o prohibición, de los contratos sobre sucesión futura, prohíben la otorgación del contrato de anticipo de legitima.

#### 1.2. RECOMENDACIONES.-

Derivadas de las conclusiones precedentes, se recomienda lo que sigue:

## *Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones*

- De acuerdo a las modernas tendencias, se sugiere abandonar la postura rígida y cerrada de prohibición de contratos sobre sucesión futura, considerar la incorporación de algunos otros contratos sobre sucesión futura a nuestro sistema normativo civil, especialmente los de carácter distributivo, porque principalmente esta clase de pactos sucesorios proporcionarían soluciones convenientes a prevenir conflictos familiares relativos a la herencia, lo que significaría a su vez, una disminución de procesos judiciales de división y partición del acervo hereditario, colación y otros similares.

La incorporación de contratos sobre sucesión futura institutivos, de los que emerge la vocación sucesoria voluntaria (contractual), debiera ser introducida de forma organizada, coordinada y atendiendo la vocación sucesoria legal y voluntaria (testamentaria) ya existente, del tal manera que la coexistencia simultánea de dichas instituciones jurídicas se desarrolle en un marco de compatibilidad entre sí, no exista confusiones, colisión de normas o efectos contradictorios.

- Pese a su manifiesta invalidez y carencia de una adecuada regulación por las normas sustantivas civiles, los contratos de anticipo de legítima son comunes en su empleo dentro de nuestra práctica jurídica cotidiana, de ahí que, se sugiere este contrato sea incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, con una adecuada regulación en los requisitos de formación, regulación de efectos y causas de extinción, considerando la especial naturaleza jurídica de este contrato; se sugiere lo mismo respecto a los dos casos ya admitidos de contratos sobre sucesión futura en nuestra legislación, que más allá de su permisibilidad, no se ha normado nada. Ello con seguridad, proporcionaría seguridad y certeza jurídica a quienes pretendan servirse de estos instrumentos jurídico-contractuales.

*Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones***BIBLIOGRAFIA**

- AHRENS, Enrique. (1945) “Historia del Derecho”. 1era Edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial Impulso.
- AZZARITI, Francesco Saverio, MARTINEZ, Giovanni, AZZARITI, Giuseppe. (1948) “Successioni per causa di morte e donazioni.” 2da Edición. Padua. Cedam.
- BADARACCO, Raúl Augusto. (1967) “Código Civil, en Enciclopedia Juridica Omeba” Tomo III. 1era Edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial Bibliografica Argenticca Srl.
- BELLUCIO, Augusto C. –ZANNONI, Eduardo A. (1998) “Código Civil Comentado, Anotado y Concordado”. Tomo II. & 3. Conf. Mayo. Buenos Aires–Argentina. Editorial Astrea.
- BETTI, Emilio (2000) “Teoría General del negocio jurídico” Traducción y concordancia con el Derecho Español por A. Martin Perez. 2da Edición. Granada-España. Editorial Comares, S.L.
- BORDA, Guillermo. (1986) “Tratado de Derecho Civil”. Sucesiones. Tomo II. 6ta Edición. Buenos Aires-Argentina. Ediciones Perrot.
- BUSSO, Eduardo. (1951) “Código Civil Anotado. Tomo V.” Tercera Edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial Ediar.
- CASTAN TOBEÑAS, José. (1977) “Derecho Civil Español. Común y Foral” 10ma Edición. Madrid-España. Editorial Reus.
- CASTELLANOS Trigo, Gonzalo (2007) “Derecho de sucesiones conforme al código civil boliviano”. Primera Edición. Sucre-Bolivia. Editorial Talleres Graficos Gaviota del Sur Srl.
- CASTILLEJO y DUARTE, José (1902) “La sucesión contractual” 1era Edición. Madrid-España. Editorial imprenta de los hijos M.G. Hernandez.
- CAZEAUX-Trigo Represas. (1975) “Obligaciones”. Tomo II. Vol I. 2da Edición. Buenos Aires – Argentina. Editorial Platense.

*Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones*

- CICU Antonio:
  - (1959) “El Testamento”. Traducido por M. Fairen Martínez. Madrid-España. Revista de Derecho Privado.
  - (1947) “Derecho de sucesiones. Parte General); sucesión legítima y del legítimario; testamento” Traducido por Gonzales Porra, anotado por Albaladejo. 2da Edición. Barcelona-España.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri:
  - (1949) “Curso elemental de Derecho Civil. Tomo VII”. 2da Edición. Madrid-España. Instituto Editorial Reus.
  - (1975) “Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo III”. 4ta Edición. Paris-Francia.
- COMISION REDACTORA DEL PROYECTO DEL CODIGO CIVIL. (1972) “Las Bases y Plan General para la redacción del Proyecto del Código Civil”. Cochabamba-Bolivia. Editorial Rocabado.
- DEKKERS, Rene (1957) “El derecho privado de los pueblos” Madrid-España. Editorial del Derecho.
- ENNECCERUS, Ludwing. KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. (1951) “Tratado de Derecho Civil (Parte General)” Tomo I. Vol. 2. Barcelona-España. Editorial Casa.
- ESCALADA, Videla. (1968) “La causa final en el derecho Civil”. 1ra Edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial Abeledo-Perrot
- FADDA, Carlo (1949) “Concetti fondamentali del Diritto Ereditario Romano”. Milan-Italia. Editorial Giuffrè.
- FASSI, Santiago (1970) “Tratado de los testamentos” Tomo I. Buenos Aires-Argentina. Editorial Astrea.
- FORNIELES, Salvador. (1930) “El concepto de patrimonio”, Tomo II. Buenos Aires – Argentina. Rev. de D. Civil de Thedy y Escudero.

*Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones*

- GARCIA GOYENA, Florencio. (1973) “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español”. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Zaragoza- España. Editorial Cometa S.A.
- GARCIA HERREROS, Enrique (1902) “La forma contractual en el Derecho de Sucesiones” Madrid-España. Editorial imprenta de los hijos M.G. Hernandez.
- GARRIDO Roque, Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. (1998) “Contratos Civiles y Comerciales” Tomo II. Buenos Aires-Argentina. Editorial Universidad.
- GIAMPICCOLO, Giorgio. (1954) “Il. Contenuto atípico del testamento. Contributo ad ina teoría delláto di ultima volontà”. Milan-Italia. Editorial.
- GUASTAVINO, Elias P. (1968) “Pactos sobre herencias futuras”. Buenos Aires-Argentina. Editorial Ediar S.A.
- HERNANDEZ Tejero, Jorge Francisco (s/f) “Derecho Romano”. Madrid-España. Editorial Ecelicer S.A.
- IRURETA Goyena, José. (1942) “Curso de Sucesiones” Tomo III. 2da Edición. Montevideo-Uruguay. Editorial.
- JOSSERAND, Louis. (1951) “Derecho Civil” Tomo II. Vol. I Buenos Aires-Argentina. Editorial.
- KAUNE Arteaga, Walter (2011) “Teoría General de los Contratos” 7ma Edición. La Paz-Bolivia. Editorial Vanessa Montalvo F.
- LAFAILLE, Héctor:
  - (1927) “Curso de Derecho Civil. Contratos.” Tomo I. 1ra Edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial Ediar.
  - (1957) “Obligaciones”. Tomo II. 2da Edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial Ediar.
  - (1957) “De las sucesiones” Tomo II. 2da Edición. Buenos Aires-Argentina. Revista Jurídica de Buenos Aires.

*Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones*

- LINAZASORO Campos, Gonzalo (1981) “Convenciones Sucesorias Pactos sobre sucesiones futuras.” 1ra Edición. Santiago de Chile-Chile. Editorial Jurídica Chile
- LOEWENWARTER, Victor. (1943). “Derecho Civil Aleman comparado” 2da Edición. Santiago de Chile-Chile. Editorial Universidad de Chile.
- LOPLEZ DE ZAVALIA, Fernando J. (1997). “Teoria de los contratos” Parte Especial. Tomo I, 4Ta Edición. Buenos Aires - Argentina. Editorial Zavalia.
- MAFFIA O, Jorge.
  - (1981) “Tratado de las sucesiones” Tomo I. Buenos Aires-Argentina. Editorial Ediciones Depalma.
  - (1984) “Tratado de las sucesiones”. Tomo III. Buenos Aires-Argentina. Ed. Depalma.
- MAZEAUD, Jean Henry y Leon. (1969) “Lecciones de Derecho Civil. Parte II. Volumen I Obligaciones: El contrato, la Promesa Unilateral” traducido por Luis Alcala-Zamora y Castillo. VII Edición. Buenos Aires-Argentina. Ediciones Jurídicas Europea-America.
- MESSINEO, Francesco. (1971) “Manual de Derecho Civil y Comercial” Tomo II, VII. Buenos Aires-Argentina. Editorial Ediciones jurídicas Europa-America.
- MORALES Guillen, Carlos. (1977) “Código Civil concordado y anotado.” 2da Edición. La Paz-Bolivia. Editorial Gisbert.
- ORGAZ, Alfredo:
  - (1946) “Derecho Civil argentino. Personas individuales”. Buenos Aires-Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina.
  - (1946) “Hechos y actos o negocios jurídicos”. Buenos Aires- Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina.
- PEÑA Guzmán, Luis Alberto. (1962) “Derecho Romano” Buenos Aires-Argentina. Editorial Tea.

*Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones*

- PEREZ LASALA, José Luis (1978), “Derecho de Sucesiones” Tomo I. 1era Edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial Desalma.
- PIANTONI, Mario A. (1978) “Contratos Civiles” V. I. 2da Edición. Cordova-Buenos Aires. Editorial Lerner Ediciones.
- PIUCA Yelma, Mariano. (1967) “Diccionario de Jurisprudencia Nacional. UMSA. 1ra Edición. La Paz-Bolivia. Editorial.
- POTHIER, Roberto José. (1821) “Tratado de las Obligaciones” Buenos Aires-Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina.
- PRIETO Melgarejo, Kenny (1997) “Derecho sucesorio boliviano”. 1era Edición. Sucre- Bolivia. Editorial Judicial.
- PUIG Peña, Federico (1954) “Tratado de Derecho Civil Español” Tomo V “Sucesiones”. Vol. I. Madrid – España. Editorial Aranzadi.
- REBORA, Juan Carlos. (1952) “Derecho de las Sucesiones” Tomo I. 2da Edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial Juan Roldan y Cia.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1965) “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol” Tomo X y XI. Buenos Aires-Argentina. Editorial La Ley.
- ROCA Sastre, Ramón María. (1948) “La sucesión contractual en Derecho Común y en las legislaciones forales” Capítulo X Volumen “Estudios de Derecho Privado.” Tomo II. Sucesiones. Madrid-España. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid.
- ROGUIN, Ernest (1908) “Traite de droit civil compare. Les successions” 1era Edición. Paris-Francia. Editorial.
- ROMERO Linares, Raúl:
  - (1969) “Apuntes de Derecho Civil Boliviano.” Tomo I. Parte General. La Paz-Bolivia. Editorial Los Amigos del Libro.
  - (1976) “Conferencias de la Comisión Redactora del nuevo Código Civil” La Paz-Bolivia. Editorial.

*Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones*

- SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe . (1950) “Foro it” Tomo I. Torino-Italia. Editorial Giappichelli.
- SECO Caro, Enrique (1969) “Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo” 1ra Edición. Barcelona-España. Editorial Marcial Pons Derecho.
- SPOTA, Alberto G.:
  - (1974) “Instituciones de Derecho Civil. Contratos” Vol. I y III. Buenos Aires-Argentina. Ediciones Depalma.
  - Spota, Alberto G. (1964) “Contratos en el Derecho Civil.” Tomo I. Buenos Aires-Argentina. Editorial Depalma.
- TACITO, Cayo C. (1952) “De las costumbres, sitio y pueblos de la Gemania” Buenos Aires-Argentina. Editorial Obras Completas Buenos Aires.
- TERRAZAS Torres Carlos. (1959) “Estudio Preliminar del Código Civil”. Madrid-España. Editorial Instituto de Cultura Hispanica.
- TROPLONG, Raymond Theodore. (1855) “Droit civil explique. Donations entre-vifs et testaments” Paris-Francia. Editorial.
- VELASQUEZ, Londoño Rubén. (1989) “Derecho de Herencia: igualdad entre los hijos legítimos, naturales y adoptivos” Medellín – Colombia. Editorial Senal Ltda.
- VILLAFUERTE Claros, Armando (1990) “Los contratos de sucesión futura en el código civil de 1976” La Paz-Bolivia. Editorial Juventud.
- ZANNONI, Eduardo A. (1983) “Derecho de las sucesiones”. Tomo II. 3ra Edición. Buenos Aires-Argentina Ed. Astrea.

**TESIS**

- CERDA Gimeno, José. (2007) “La prohibición de la sucesión contractual” Valencia-España. Editorial Tirant Lo Blanch.
- NAST (1981) tesis doctoral “Etude sur la prohibition des pactes sur sucession future: histoirem droit civile moderne, legislation” Paris-Francia.

**WEB**

*Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones*

- Font I Segura, Albert. “La ley aplicable a los pactos sucesorios”. Recuperado 04 de Octubre 2015 de: [https://www.google.com.bo/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0ahUKEwi-66WZn8XMAhUGXR4KHRyuA-MQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.raco.cat%2Findex.php%2FInDret%2Farticle%2Fdownload%2F130903%2F180669&usg=AFQjCNG04icDcgqVXzgB9s\\_iyAALKc6iiQ&bvm=bv.121421273,d.dmo](https://www.google.com.bo/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0ahUKEwi-66WZn8XMAhUGXR4KHRyuA-MQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.raco.cat%2Findex.php%2FInDret%2Farticle%2Fdownload%2F130903%2F180669&usg=AFQjCNG04icDcgqVXzgB9s_iyAALKc6iiQ&bvm=bv.121421273,d.dmo)
  
- Molina Porcel Martha. “Derecho de Sucesiones”. Recuperado el 27 de Septiembre 2015 de: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro119/lib119-p.pdf>
  
- Molina Porcel Martha. “La sucesión contractual”. Recuperado el 27 de Septiembre 2015 de: [http://moodle2.unid.edu.mx/dts\\_cursos\\_mdlic/DYCIJ/DCBS/AM/05/La\\_sucesion.pdf](http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_mdlic/DYCIJ/DCBS/AM/05/La_sucesion.pdf)
  
- Monasterio Aspiri, Itzar. “Pactos sucesorios y sucesión intestata”. Recuperado 22 de Diciembre 2015 de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2984207.pdf>
  
- Monasterio Aspiri, Itzar. “El pacto sucesorio y la disposición de la herencia a favor del sucesor único”. Recuperado 18 de Diciembre 2015 de: [www.euskomedia.org/PDFAnlt/vasconia/vas28/28217233.pdf](http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/vasconia/vas28/28217233.pdf)
  
- Tribunal Registral, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos-SUNARP del Ministerio de Justicia del Perú (2010). Resolución. Recuperado el 26 de Septiembre 2015 de: [https://www.sunarp.gob.pe/TribunalRegistral/..%5Cviewdocument.asp?RutaFile=Contenido\\_Documentos%5CDOCUMENTO\\_CONTENIDO%5C1121\\_52310&NombreFile=Tribunal+Resol+218-2010-SUNARP-TR-T.pdf](https://www.sunarp.gob.pe/TribunalRegistral/..%5Cviewdocument.asp?RutaFile=Contenido_Documentos%5CDOCUMENTO_CONTENIDO%5C1121_52310&NombreFile=Tribunal+Resol+218-2010-SUNARP-TR-T.pdf).