



**UNIVERSIDAD  
DEL AZUAY**

**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**ESCUELA DE DERECHO**

“ESTUDIO DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS: PORCIÓN CONYUGAL,  
CUARTA DE MEJORAS; SUSTENTO DE UNA EVENTUAL REFORMA”

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de:

**ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**Autora:** Maritza Nathalia Benalcázar Molina

**Director:** Dr. Jorge Morales Álvarez

**Cuenca – Ecuador**

**2019**

## **DEDICATORIA**

Esta tesis la dedico con todo mi amor a:

Mi mami Luz Marina, quien a sido mi mayor ejemplo y motivación para salir adelante y luchar por mis sueños, por tu apoyo incondicional durante estos años de carrera, por creer en mí siempre, por todo tu esfuerzo y sacrificio invaluable, sin ti este sueño no sería posible. Lo logré por ti y para ti.

A mi papi César, quien a pesar de estar lejos nunca ha dejado de apoyarme. A mi ángel que está en el cielo, mi segundo papá Gilberto, quien me alentó siempre a cumplir a mis sueños, de seguro estaría orgulloso de mí. Y a mi abuelita Sarvelia por creer en mí siempre.

## **AGRADECIMIENTO**

En primer lugar, gracias a Dios y a mi Virgen, por darme la sabiduría necesaria para poder alcanzar uno de mis grandes sueños.

En segundo lugar, de manera especial quiero agradecer a mi director de tesis el Doctor Jorge Morales Álvarez, por la gran predisposición que ha tenido para ayudarme a terminar este trabajo.

En tercer lugar, quiero agradecer a mi novio Leonardo por el apoyo incondicional que me ha brindado.

Y por último quiero agradecer a toda mi familia por apoyarme siempre; de manera especial a mi hermano y a mis tíos por ser un ejemplo de superación.

## ÍNDICE

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
RESUMEN.....	v
ABSTRACT.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I.....	9
LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.....	9
1.1 Breve referencia a la sucesión por causa de muerte.....	9
1.2 Concepto.....	10
1.3 Características.....	11
1.4 Clases de sucesión.....	11
1.5 Importancia de la sucesión por causa de muerte.....	12
1.6 Los sistemas sucesorios.....	13
Sistema de libertad de testar.....	14
Sistema de limitación a la libertad de testar.....	18
1.7 Las asignaciones forzosas en el sistema sucesorio ecuatoriano.....	20
CAPÍTULO II.....	28
LA NECESIDAD DE AMPLIAR LA LIBERTAD DE TESTAR.....	28
2.1 Tesis actuales que justifican ampliar la libertad de testar.....	31
Las asignaciones forzosas, su relación con la economía: la empresa familiar.....	31
El aumento de la esperanza de vida.....	35

El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad frente a las asignaciones forzosas .....	37
La seguridad social y los ascendientes como asignatarios forzosos.....	38
Incrementar el uso del testamento .....	40
2.2 La libertad de testar en el derecho comparado en el marco de las tres vertientes civilistas de América Latina: Chile, Argentina y Brasil .....	41
Chile .....	42
La libertad de testar, su evolución en Chile.....	43
Brasil.....	47
Argentina .....	50
CAPÍTULO III .....	54
LA VIABILIDAD DE UNA EVENTUAL REFORMA DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS EN EL ECUADOR .....	54
3.1 La cuarta de mejoras.....	55
Protección a los descendientes menores .....	59
Protección a los descendientes discapacitados .....	59
3.2 La porción conyugal .....	61
3.2.1 Concepto.....	61
3.2.2 La porción conyugal como asignación forzosa .....	61
CONCLUSIONES.....	67
BIBLIOGRAFÍA .....	69

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación hace un análisis crítico de las asignaciones forzosas de porción conyugal, cuarta de mejoras, y legítimas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a fin de determinar si las mismas cumplen el objetivo para el cual se establecieron o pueden modificarse a fin de alcanzar una mayor libertad de testar. Para ello se analizarán los aspectos generales del derecho sucesorio ecuatoriano, las principales justificaciones para ampliar la libertad de testar y se terminará con una propuesta de reforma de las asignaciones forzosas de porción conyugal y cuarta de mejoras.

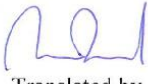
**Palabras clave:** Asignaciones forzosas, reforma, porción conyugal, cuarta de mejoras.

## ABSTRACT

The present investigation carried out an analysis of the mandatory distribution of the conjugal portion, quarter of the estate and compulsory shares in the Ecuadorian legal system. The objective was to determine if these mandatory distributions fulfilled the purpose for which they were established, or if they needed any modifications to achieve a greater right to bequeath. For this, the study analyzed the general aspects of the Ecuadorian Inheritance Law and the main justifications to extend the right to bequeath. The investigation ended with a proposal to reform of the conjugal portion and the quarter of the estate.

**Keywords:** Mandatory distribution, reform, conjugal portion, quarter of the estate.



  
Translated by  
Ing. Paúl Arpi

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centra en el estudio de las asignaciones forzosas como limitación a la libertad de disposición del causante.

Si bien, todos los Estados garantizan a sus ciudadanos el derecho que tienen para disponer libremente de sus bienes y que esto surta efecto después de su muerte, no todas las legislaciones son concordantes en cuanto al monto que el causante puede disponer libremente.

Se considera que el rango de libertad de disposición tiene relación con la ponderación que cada Estado hace de los intereses que se ven inmersos en la sucesión. Así, en los países en donde prime el interés individual del causante, el rango de libertad de disposición será mayor. En cuanto que, en los países en donde los intereses familiares y sociales sean considerados un bien jurídico más valorado, la libertad de disposición será más restringida.

Dicho esto, en materia sucesoria, podemos encontrar dos sistemas uno de libertad absoluta y otro de libertad relativa de disposición. La mayoría de legislaciones con raíces romanistas, incluyendo al Ecuador, no permiten una libertad de disposición absoluta, ya que el causante se encuentra limitado a disponer de su patrimonio por las asignaciones forzosas.

Asignaciones forzosas que han sido establecidas, en el Ecuador, desde la promulgación del primer Código Civil en 1861, y desde esa época las mismas no han sufrido mayores modificaciones.

Teniendo en cuenta que, la realidad actual es diferente de cuando se expidió el Código Civil, la esperanza de vida ha aumentado, la sociedad ha evolucionado, existen temas que



se relacionan con materia sucesoria y que no se encuentran regulados, como la empresa familiar, la protección del derecho de propiedad, la baja utilización del testamento, entre otros; nos preguntamos si las asignaciones forzosas de porción conyugal, cuarta de mejoras, y legítimas tienen efectividad o no en la realidad social ecuatoriana en la que nos encontramos en la actualidad, si responden o no a las necesidades actuales.

Si las asignaciones forzosas se establecieron de manera general para proteger al núcleo familiar, es necesario revisar si las mismas cumplen ese papel o por el contrario pueden modificarse a fin de alcanzar una mayor libertad de testar.

Para el cumplimiento de los objetivos planteados, la presente investigación se encuentra dividida de la siguiente manera:

El primer capítulo, que tiene un fin introductorio en donde se analizan los diferentes sistemas sucesorios existentes en el Derecho comparado, a fin de encuadrar al sistema sucesorio ecuatoriano en uno de ellos, además se explica de manera somera las asignaciones forzosas y su regulación en el derecho ecuatoriano.

El segundo capítulo, contiene los fundamentos que sostienen una eventual modificación de las asignaciones forzosas y además se analiza la libertad de testar en el marco del derecho comparado en Chile, Argentina y Brasil.

El último capítulo, en donde se plantea una reforma de las asignaciones forzosas de porción conyugal y cuarta de mejoras, a fin de flexibilizar el sistema sucesorio ecuatoriano y otorgarle al causante mayor libertad de disposición, evidentemente precautelando los intereses individuales del mismo, así como los de la familia y de la sociedad, a fin de no dejar en la indefensión a aquellas personas que si necesitan de la debida protección del causante en su ausencia.

## CAPÍTULO I

### LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

#### 1.1 Breve referencia a la sucesión por causa de muerte

Nuestro Código Civil regula un aspecto trascendental de la vida humana, como es el comienzo y fin de la misma; a pesar de los avances científicos, por procurar una mejor calidad de vida y que ésta se prolongue, la muerte, aun es algo inevitable. Y en cuenta, a la serie de efectos jurídicos que acarrea, el derecho no puede estar ajeno a esta situación, razón por la cual, se destina casi la totalidad del libro tercero al estudio de los efectos patrimoniales que ocasiona la muerte de una persona.

Como indica Somarriva (2007):

La persona, mientras vive, está afecta a un patrimonio; la doctrina clásica considera a éste como un atributo de la personalidad, concepto que trae como principal consecuencia que, jurídicamente, toda persona deba tener un patrimonio, pues éste, en buena síntesis, no es sino la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones pecuniarias. (p.17)

Pero, como se conoce, esta existencia legal de las personas que comenzó con el hecho del nacimiento, culmina con su muerte ya sea ésta real o presunta; y precisamente al morir una persona, ésta puede dejar relaciones jurídicas pendientes, tanto como sujeto activo de derechos, o como sujeto pasivo de diversas obligaciones, y en este caso cabe preguntarnos, ¿qué va a pasar con ese patrimonio, con ese conjunto de relaciones jurídicas? No se puede concebir el hecho de que, las mismas, se extingan, porque en ese caso se viviría en una zozobra temiendo siempre la muerte de uno de los contratantes.

A estas inquietudes se ponen fin, mediante la institución de la sucesión por causa de muerte, ya que como sostiene Somarriva, el patrimonio dejado por el causante pasa a los herederos, mismos que son los continuadores de la personalidad jurídica del causante, volviéndose una garantía para el desarrollo económico de la vida misma.

## **1.2 Concepto**

Etimológicamente, suceder, encuentra su antecedente en las voces latinas sub (abajo) y cederé (retirarse, ir, marchar), entonces se sucede cuando se ocupa el lugar que le correspondía a otro, conservando sus derechos y obligaciones. Como explica Guillermo Borda, suceder implica que se continúe con el derecho que otro era titular. De ahí que se pueda hablar de una sucesión entre vivos, misma que se dará cuando se transfiera a alguien una cosa; y de la sucesión por causa de muerte.

La sucesión por causa de muerte es entonces un modo de adquirir el dominio del patrimonio del difunto, entendiendo este patrimonio como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles.

Respecto de los modos de adquirir el dominio, Rozas Vial (1998) sostiene que “son aquellos hechos jurídicos a los que la ley atribuye la facultad para nacer o traspasar el dominio” (p.115). Nuestro Código Civil establece en el Art. 603 que los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

### 1.3 Características

Atendiendo a la clasificación de los modos de adquirir el dominio, como indica Somarriva (2007), podemos encontrar las siguientes características.

- Es un modo de adquirir el dominio derivativo, el dominio no nace de forma espontánea, sino que se transmite del causante al sucesor; es necesario recordar el principio de que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene, así si el difunto no era dueño de una cosa, no puede entonces transmitir un dominio que carecía. El dominio se adquiere, entonces tomando en consideración el dominio del anterior dueño de la cosa.
- Es un modo de adquirir el dominio gratuito, ya que no importa un sacrificio pecuniario para el sucesor.
- Se puede adquirir el dominio a título universal o a título singular, según lo establece el Art. 993, cuando se sucede en todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto o en una cuota de ellos será a título universal y cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de cierto genero será a título singular.
- Es un modo de adquirir el dominio por causa de muerte, ya que este hecho es un requisito *sine qua non* de este modo de adquirir el dominio.

### 1.4 Clases de sucesión

El Código Civil en el Art. 994 establece que la sucesión puede ser testada, intestada o mixta.

- Sucesión testada: es aquella en donde existe un testamento en el cual el causante ha expresado su voluntad, respecto a la forma de destinar sus bienes.
- Sucesión intestada o legítima: es aquella en donde a falta de testamento, la ley interpreta la voluntad del causante y es ella la que determina quienes van a suceder al causante.
- Sucesión mixta: tal como establece el Art. 994 la sucesión puede ser en parte testada y parte intestada, este caso puede darse cuando el causante no ha dispuesto de la totalidad de sus bienes.

Desde un punto de vista jurídico podríamos decir que, la sucesión testada tiene supremacía sobre la intestada, ya que ésta se va a dar únicamente cuando el causante no ha dejado testamento. Y coincidimos con este criterio, ya que la disposición de los bienes que hace el causante a través del testamento, no es más que ejercitar los atributos del dominio, que como señor y dueño ostenta sobre aquellos bienes.

### **1.5 Importancia de la sucesión por causa de muerte**

Dentro del derecho civil podemos observar la importancia que tiene la sucesión por causa de muerte, al analizar el Código Civil encontramos que el legislador le ha otorgado prácticamente un libro, excepto por el estudio de las donaciones entre vivos, para su estudio. La importancia la podemos encontrar en el hecho de que esta institución jurídica está íntimamente relacionada con el patrimonio, durante toda la vida las personas forjan un patrimonio y determinar que va a pasar con el mismo luego de sus días es un tema de vital importancia para la continuidad de las relaciones jurídicas caso contrario todo el

tráfico jurídico debería realizarse al contado ya que los contratantes estarían en completa inseguridad.

## **1.6 Los sistemas sucesorios**

La doctrina es uniforme al establecer que en toda sucesión concurren tres intereses, a saber, el del titular del patrimonio, el de los familiares y el de la sociedad.

El del titular del patrimonio, ya que es a él a quien más le interesa que va a suceder con el conjunto de bienes que ha formado durante su vida, este interés se ve reflejado en el hecho de la ley le permite disponer de sus bienes mediante testamento. El de los familiares, interés que estaría justificado, en la suposición de que estos familiares han contribuido de diversas maneras al nacimiento de ese patrimonio; inclusive puede ser que dicho patrimonio contenga herencias recibidas de otras personas, este interés se asegura cuando la ley establece las asignaciones forzosas para determinados familiares. Por último, el interés de la sociedad ya que el causante obtuvo de manera directa o indirecta la ayuda de la sociedad para formar su patrimonio, este interés como manifiestan Somarriva (2007) y Elorriaga de Bonis (2010) se manifiesta en la sucesión intestada cuando el legislador establece que a falta de herederos sucede el Estado y en la sucesión testada con el establecimiento de impuestos que gravan la herencia.

Como sostiene Somarriva (2007), el primer interés que se encuentra presente en la sucesión es el del causante, y es lógico que así sea ya que, si fue el, quien con su esfuerzo y sacrificio logro amansar esos bienes es lógico también que pueda disponerlos, en mayor o menor medida.

Esta libertad de testar varia entonces tomando en consideración la prevalencia que la legislación de cada país le dé a cada uno de esos intereses. Según el rango de libertad de

testar podemos encontrar que las diversas familias jurídicas, adoptan o un sistema de libertad de testar o un sistema de limitación a la libertad de testar; sistema de libertad de testar, donde se le da más importancia al interés individual del causante, y por tanto las limitaciones a la libertad de testar son casi nulas y los que aceptan un sistema de limitación a la libertad de testar, en donde tiene más importancia el interés familiar y el de la sociedad y por ello se establecen asignaciones obligatorias, a favor de ciertos parientes.

Es importante recordar que en la actualidad no existen sistemas de libertad absolutos o sistemas de limitación absoluta, ambos sistemas se ven atenuados, existiendo en mayor o menor medida libertad de testar.

### **Sistema de libertad de testar.**

En este sistema el causante es libre para destinar sus bienes de la manera que más convenga a sus intereses, aquellos que justifican este sistema se amparan en el razonamiento de que, aquella persona que creo un patrimonio durante su vida, se ve asistido de absoluta libertad para poder disponer del mismo.

Arturo Valencia Zea (1970), sostiene que la sucesión por causa de muerte se encuentra íntimamente relacionada con la institución de la propiedad privada, lo cual implica esa facultad para poder disponer libremente de los bienes, facultad que debe existir en los negocios jurídicos entre vivos y *mortis causa*. Este criterio es corroborado por Hernán Coello (2002), cuando establece que “la libertad de testar es una proyección del derecho de propiedad, y depende, desde luego, del régimen jurídico que acoja cada legislación” (p.268). La nuestra ha sometido al dominio a una limitación importante que consta de su

propio concepto el del Art. 599, que dice: “el dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social”.

Generalmente las legislaciones anglosajonas adoptan este sistema, países como Estados Unidos, Inglaterra, Australia, Canadá, etc. Además de países latinoamericanos como México, Costa Rica, Panamá, Nicaragua, entre otros. Sin embargo, cabe recalcar que ningún país mantiene en la actualidad un sistema de libertad de testar absoluto, esto solamente existió, como tal en Inglaterra en el siglo XIX, con la promulgación de la Dower Act de 1833, a través de la cual el causante podía disponer de dejar o no una asignación a su viuda, con esto se eliminó cualquier rastro de una limitación a la libertad de testar.

En la actualidad se observa que, en este sistema de libertad de testar, la ley busca proteger aun en un mínimo grado a ciertos familiares que dependen del causante, generalmente mediante el establecimiento del derecho de alimentos.

En Inglaterra, mediante normas como “*The inheritance Family provision act*” de 1938, se han establecido provisiones a fin de proteger a determinados familiares del causante que no pueden subsistir por sí mismos.

El Código Civil de Quebec, en su Art. 684 sostiene que el heredero puede demandar derecho de alimentos en contra de la sucesión del causante dentro de los seis meses desde la muerte del mismo.

El Código Civil de México en su Art. 1368 indica que “El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

- I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;



- II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;
- III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;
- IV. A los ascendientes;
- V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;
- VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.”

El Código Civil de Costa Rica en su Art. 595 indica “El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten. Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus

alimentos. Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos”.

El Código Civil de Nicaragua manifiesta claramente su apego a este sistema, en el Art.976 cuando establece que “No hay herederos forzosos. En consecuencia, el testador podrá disponer libremente de sus bienes, sin perjuicio del derecho de alimentos que la ley concede a ciertas personas y de la porción conyugal en favor del cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación”.

Se observa como estas provisiones tienen una naturaleza alimentaria ya que se deberá cumplir con las condiciones de necesidad para que los beneficiarios se vean favorecidos con las mismas; no implica de ninguna manera una limitación a la libertad de testar, ya que el legislador no le obliga al causante a dejar cierta parte de sus bienes a determinadas personas.

En este sistema podemos observar rasgos particulares, como la inexistencia de la figura del desheredamiento lo cual es completamente lógico, si el causante no quiere que determinada persona se beneficie con su patrimonio simplemente no le incluirá en su testamento. Por lo mismo tampoco existen acciones tendientes a proteger el establecimiento de determinadas asignaciones como la acción de reforma del testamento, ya que no se justifica, no son compatibles con este sistema.

Se sostiene a favor de este sistema que, debe ser el causante el que establezca quienes deben ser los herederos de su patrimonio, Andrés Bello (1973) establecía que “En el corazón de los padres tiene el interés de los descendientes una garantía mucho más eficaz que la protección de la ley” (p.173). Este sistema favorecería también las relaciones familiares ya que al no tener necesariamente derecho en la herencia los eventuales herederos mantendrían relaciones cordiales con el causante a fin de conseguir una porción

en la herencia, además que sería un estímulo para incentivar el trabajo en los hijos, a fin de formar su propio patrimonio.

### **Sistema de limitación a la libertad de testar.**

En este sistema se establecen limitaciones a la libertad de testar; se sostiene que ninguna persona puede llegar a formar un patrimonio por sí sola, como indica Guillermo Bossano (1978), estas limitaciones se justifican en el hecho de que el hombre es un ser social, no vive aislado, convive con un núcleo familiar cuya intervención le es determinante en el incremento de su patrimonio, por lo mismo el patrimonio es una especie de producto social, razón por la cual el causante está en la obligación de compartirlo con aquellas personas.

Estas limitaciones tienen un origen que está marcado por un sentimiento de justicia, ya que se trata de bienes que no son en términos absolutos del causante. Además, que conllevan un contenido social mediante el cual se busca atacar aquel espíritu individualista que perjudica el desarrollo humano. Este sistema toma como base a la familia a la cual considera como la célula básica de la estructura humana, por lo mismo se protege el interés familiar mediante el establecimiento de las llamadas *asignaciones forzosas*.

Las asignaciones forzosas entonces limitan la facultad de disposición de los bienes por parte del causante, si bien el causante puede o no otorgar testamento, si decide hacerlo no puede ser a su arbitrio, ya que la ley le obliga a que asigne necesariamente una parte de sus bienes a determinadas personas; en el supuesto de que no se hagan o se hagan de forma incorrecta, la propia ley otorga los mecanismos adecuados para suplir aquel error,

aun en contra de la voluntad del causante. Aquellos que tienen derecho a una asignación forzosa se llaman asignatarios.

Países como Francia, Argentina, Brasil, Chile, Ecuador entre otros siguen este sistema, sin embargo, no existe uniformidad en cuanto a las clases y extensión de dichas asignaciones, lo cual se observa a través de los diferentes ejemplos expuestos a continuación.

El Código Civil Francés, establece que si el causante tiene un hijo puede disponer libremente de la mitad de su patrimonio, si tiene dos hijos puede disponer solo de una tercera parte, y si tiene tres o más hijos solo podrá disponer libremente de una cuarta parte de su patrimonio.

El Código Civil Argentino, por su parte, sostiene que a los hijos les corresponde una legítima que equivale a cuatro quintas partes de la herencia, a los ascendientes una legítima que equivale a dos tercios, y la legítima de los cónyuges cuando no existe descendientes ni ascendientes es la mitad de los bienes del causante.

El Código Civil de Brasil por su parte, estipula que a los herederos necesarios les corresponde la mitad de los bienes de la herencia.

Se observa entonces como cada ordenamiento jurídico establece los más variados límites en cuanto a la libertad testamentaria.

Las legislaciones modernas que se inclinan por este sistema, lo consideran más justo, sostienen que la existencia de estas limitaciones ayuda a que los testamentos no se conviertan en instrumentos creadores de desigualdades en el núcleo familiar, ya sea beneficiando a uno solo de ellos o a un extraño. Pese a la importancia que tiene el fundamento familiar, es necesario recalcar que el mismo ha perdido su eficacia, la realidad actual es distinta, consideraciones que serán analizadas en el siguiente capítulo.

## **1.7 Las asignaciones forzosas en el sistema sucesorio ecuatoriano**

En el derecho ecuatoriano no hay libertad absoluta para testar, el legislador ha restringido esta facultad, mediante el establecimiento de las asignaciones forzosas. El art. 1194 del Código Civil, establece que: “Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son:

1. La porción conyugal;
2. Las legítimas; y,
3. La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes.”

### **La porción conyugal**

La porción conyugal, encuentra su antecedente en la institución romana denominada “cuarta marital”, recogida posteriormente por el derecho español, en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, esta era, aquella cuarta parte de los bienes del marido que se otorgaba a la viuda pobre, en ningún caso podía superar las cien libras de oro, además no existía en la ley entonces vigente un mecanismo para determinar la pobreza de la viuda, consideración que quedaba en manos de los tribunales.

Partiendo de que nuestro Código civil, toma como base al Código Civil Chileno, se observa como esa cuarta marital sufrió algunas modificaciones según el criterio de Don Andrés Bello, así podemos ver que se le denominó porción conyugal, se estableció tanto para la viuda como para el viudo y se la designó como asignación forzosa.

Nuestro Código Civil, en su Art. 1196 establece que: “Porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación.”

Como establece Bossano (1978), el cónyuge supérstite, tendrá que cumplir algunos requisitos a fin de que adquiera este derecho:

- Tiene que ser capaz y digno de suceder al causante, al ser un sucesor éste se considera un requisito sine qua non.
- Debe tener la característica de cónyuge supérstite, es decir haber estado ligado al causante mediante contrato matrimonial.
- Tiene que ser pobre, esta pobreza no se analiza de manera objetiva, sino tomando en cuenta las condiciones económicas de ambos, tanto del causante como del cónyuge supérstite, ya que existirá el derecho cuando éste carezca de bienes o éstos sean inferiores a lo que le correspondería en razón de porción conyugal.

Estos requisitos deben cumplirse al momento de la muerte del causante, es decir al momento de abrirse la sucesión, de lo cual se colige que si al momento de la muerte del causante el cónyuge supérstite tiene bienes que superan la porción conyugal, no tendrá derecho a la misma, aun cuando de manera posterior quede en pobreza extrema. Tampoco se le podrá privar de este derecho, en el eventual caso que su situación económica incremente con posterioridad.

Además se sostiene que la porción conyugal equivale a la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, siendo materia de rebaja previa, como sabemos una vez realizada la separación de patrimonios, nos encontramos frente al acervo ilíquido, del cual, primeramente se deben realizar las rebajas correspondientes a gastos de ultima enfermedad, deudas hereditarias, impuestos fiscales y así estaríamos

frente a un acervo ilíquido tentativo, del cual se debe calcular la cuarta parte equivalente a porción conyugal.

Hecho esto, debemos comparar los bienes del cónyuge supérstite, bienes propios y sus gananciales, con la cuarta parte del patrimonio del causante, así puede encontrarse frente a tres situaciones diversas, a saber:

- Cuando el cónyuge supérstite carece en absoluto de patrimonio, en este caso tiene derecho pleno a la porción conyugal.
- Cuando el cónyuge supérstite tiene un patrimonio, pero que no alcanza a la cuarta parte de porción conyugal, en este caso tiene derecho únicamente a la porción conyugal de complemento, pero además el Código Civil en el Art. 119 establece que: “Se imputará, por tanto, a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciare.” Estaríamos frente a lo que Pedro Lafont Pianetta (1979) denomina, porción conyugal ficticia, “es aquella porción conyugal que no recibe directamente sino indirectamente en virtud de la imputación que a ella se hace con la adquisición de cualquier otro derecho, como gananciales, donación o asignaciones por causa de muerte” (p.389).
- Cuando el cónyuge tiene un patrimonio igual o superior a la porción conyugal, en este caso no tiene derecho a la porción conyugal.

Bossano, sostiene que cuando las personas contraen matrimonio construyen su patrimonio de manera conjunta, de manera que ninguno de los cónyuges es dueño de manera exclusiva del patrimonio, mismo que pertenece en unidad a la sociedad conyugal. Cuando la sociedad conyugal termina, a cada uno de los cónyuges le corresponde el cincuenta por ciento a razón de gananciales. En el caso de la muerte de uno de los

cónyuges, estos gananciales estarán incluidos en su acervo ilíquido, del cual se deben realizar las tres primeras rebajas, a fin de llegar a un acervo líquido tentativo desde el cual se calculará la porción conyugal, por consiguiente, tenemos que los gananciales del cónyuge supérstite serán en la generalidad de los casos mayores a ese acervo ilíquido tentativo.

La realidad ecuatoriana nos demuestra entonces que la porción conyugal, constituye una eventualidad, no se presenta uniformemente en la práctica, no constituye por lo mismo una asignación forzosa en estricto sentido, y la doctrina es uniforme cuando establece que esto es consecuencia de la inadecuada definición que se a la porción conyugal; a criterio de Bossano (1978):

Es preciso reformar las disposiciones pertinentes, comenzando por modificar la definición, eliminando su última parte, que viene a ser el apéndice artificioso que desvirtúa la esencia de la institución y proclamando que la porción conyugal es la cuarta parte del patrimonio del causante que la ley asigna al cónyuge supérstite. Y nada más. (p. 27)

### **Las legítimas**

Las legítimas encuentran su antecedente en el derecho romano, con la *Cuarta Falcidia*, mediante la cual se buscaba que el heredero no repudie la herencia, ya que esto suponía la caducidad del testamento, por lo mismo el heredero obtenía la cuarta parte de los bienes del causante, pagadas las deudas, funerales, etc.

María Martinic Galetovic (2005), sostiene

Esta es la asignación forzosa por excelencia, no solo porque alcanza la mitad de los bienes del causante o mitad legitimaria, sino porque la existencia de sus asignatarios



determina la extensión de la libertad de testar con la cual el causante podrá disponer de su patrimonio. Constituye entonces, en la libertad de disposición del causante el límite más fuerte. (p.71)

Dice el art. 1204 del Código Civil que “Legítima es la cuota de los bienes de un difunto, que la ley asigna a los legitimarios. Los legitimarios son, por consiguiente, herederos”. Indica además el mismo cuerpo legal que son legitimarios los hijos y los padres, teniendo en consideración que ellos son herederos forzosos.

Se observa de los artículos mencionados anteriormente como la ley reserva una cuota de los bienes del difunto para determinadas personas, sin que el causante pueda disponer libremente de ellas, inclusive supliendo dicha inobservancia, aun en contra de las disposiciones testamentarias expresas.

En cuanto a la distribución de las legítimas el art. 1206 nos orienta, cuando dispone que los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada. Los legitimarios concurrirán a la herencia tomando en consideración que los hijos excluyen a los padres, de lo cual se colige que, si éstos no concurren, el causante tiene plena libertad de disposición. En lo que se refiere a la distribución del resto de la herencia, de conformidad a lo señalado por el art. 1214, si el testador no dispone del todo o parte de lo que corresponde por cuarta de mejoras o libre disposición, ellas acrecen la mitad legitimaria.

La legitima se clasifica, en legitima rigorosa y efectiva. La legitima rigorosa, como indica Elorriaga de Bonis es la que le corresponde al legitimario en la mitad legitimaria, en cuanto que la legitima efectiva es aquella legitima rigorosa que ha sido aumentada con la cuarta parte de mejoras y de libre disposición, respecto de las cuales el causante no ha hecho disposición alguna o si las hizo no han surtido efecto; dando como resultado un

acrecentamiento de la mitad legitimaria que se produce desde el exterior y no desde el interior que se da cuando falta un legitimario.

Las legítimas además se caracterizan por el hecho de ser una asignación forzosa respecto de la cual no cabe modalidad o gravamen alguno. Además, otra característica es el pago preferente respecto de cualquier otra asignación, por lo mismo hasta que no se cumpla con dicho pago, no se puede hablar de una parte para que se disponga libremente. El causante puede en este caso establecer los bienes con los cuales se pague la legítima, pero no puede tasarlos, tal como sostiene el art. 1220.

En el caso de que existan legitimarios, la facultad de disposición del causante disminuye y se concreta en un cuarto de su patrimonio, ya que los hijos pueden ser también asignatarios de las mejoras. En la realidad actual en la que vivimos se ve difícil que alguien no tenga legitimarios, y por lo mismo pueda disponer libremente de su patrimonio.

### **Las mejoras**

Esta asignación forzosa constituye una institución típicamente castellana, en realidad se duda de que en Roma se haya tenido conocimiento de la misma, razón por la cual esta institución no se encuentre presente de forma general en todos los sistemas de libertad de testar restringido. En España, se concibe a la mejora como una parte de la legítima que el causante puede disponer entre sus descendientes con el objeto de favorecerlo respecto de los demás.

Manuel Barría Paredes (2013), indica que se debe entender, desde un sentido amplio, que alguien ha sido mejorado cuando recibe más de lo que la ley le atribuye a título de herencia. Desde un sentido restringido, nos indica el art 1207, es una asignación forzosa

que puede darse únicamente en la sucesión de los descendientes; de ahí precisamente la denominación de mejora, ya que uno de estos asignatarios se encontrara en mejor situación que los otros.

La porción de mejoras, alcanza la cuarta parte de los bienes del difunto, previas deducciones o acumulaciones a que hubiera lugar.

Es importante, hacer referencia a que la cuarta de mejoras constituye una asignación forzosa, ya que, si bien el causante puede elegir a su arbitrio al beneficiario de la misma, solo puede hacerlo en la sucesión de los descendientes, existiendo entonces una leve libertad para disponer de esta parte de la herencia.

Como características de las mejoras, podemos hacer referencia a que éstas no se presumen, por lo mismo requieren la existencia de una declaración expresa, tampoco basta con que exista un testamento, es necesario que la asignación se haga a título de mejora, caso contrario, se entenderá que se ha hecho a título de legítima, tal como indica el Art. 1221 los legados, las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora.

Algunos tratadistas sostienen que puede darse también una mejora tacita, así Elorriaga de Bonis, sostiene que, si bien es correcto que las mejoras no se presumen, no sería necesario que la declaración de las mismas se haga con términos formales, siendo posible interpretar la voluntad del causante, en el sentido que la asignación sea a título de mejoras. Esto lo podemos corroborar por ejemplo del Art. 1226, segundo inciso, cuando nos indica que: “Si el difunto hubiere declarado expresamente, por acto entre vivos o testamento, ser su ánimo que no se imputen dichos gastos a la legítima, se considerarán como una mejora”.

También el Art.1216 establece que: “Si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas

excediere a la mitad del acervo imaginario, el exceso se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse por partes iguales entre los legitimarios.” Vemos de estos ejemplos que el causante no expresa de manera clara su intención de beneficiar a un asignatario, si no que la ley lo interpreta de sus declaraciones.

La cuarta de mejoras a diferencia de las legítimas, admite gravámenes, siempre y cuando como se corrobora del Art. 1218, sean respecto de aquellos descendientes. En cuanto a las modalidades, éstas se admiten siempre que no impliquen una violación a dicha asignación forzosa.

De este breve análisis, vemos como la cuarta de mejoras, constituye otro límite a la facultad de disposición del causante, en el Ecuador. Si bien, se observa que la voluntad del causante toma más protagonismo en esta asignación forzosa, al poder elegir a quien beneficiar con la misma, esta elección solo puede hacerse entre los descendientes, quienes además son prácticamente los mismos asignatarios de las legítimas. Además sostiene María Martinic Galetovic (2005):

La mejora tiene defectos gravísimos muy difíciles de paliar, introduce el desamor y el odio entre los familiares al ver que muchas veces, sin una verdadera y justificada causa, resulta uno de ellos enriquecido en relación con la estricta cuota dejada a los otros. Finalmente, pone en manos de los padres un instrumento de desigualdad filial que puede no moverse siempre por equitativas razones, sino a veces, por la misma pasión, el cariño extremado o incluso el mismo desafecto. (p. 75)

Estas ideas, nos permiten reflexionar si efectivamente se justifica esta asignación forzosa en nuestro ordenamiento jurídico, o podría ser modificada a fin de alcanzar una mayor libertad de testar.

## **CAPÍTULO II**

### **LA NECESIDAD DE AMPLIAR LA LIBERTAD DE TESTAR**

Es común, observar como los países adaptan sus legislaciones a fin de encajar con la realidad económica, cultural y social de sus pueblos, sin embargo vemos que esto no ha ocurrido dentro del derecho sucesorio; en nuestro país, el libro tercero del Código Civil ha sufrido variaciones de alcance muy limitado.

El hecho de que esta institución jurídica no haya experimentado grandes cambios durante la vigencia del Código Civil, podría indicar desde un punto de vista positivo que ha sido instaurada de manera correcta desde sus inicios; sin embargo esto no obsta para que nos preguntemos si en nuestro sistema sucesorio, las asignaciones forzosas, responden a la realidad socio – económica actual de nuestro país, a los requerimientos del tiempo presente o, pueden modificarse a fin de alcanzar una mayor libertad de testar.

Como indicamos en el capítulo anterior, la libertad de testar en nuestro ordenamiento jurídico está sujeta a fuertes limitaciones, ya que generalmente los ecuatorianos de manera libre, sólo van a poder disponer de una cuarta parte de su patrimonio. Esto en razón de que es poco probable, que al morir una persona no tenga hijos, además teniendo en cuenta la alta expectativa de vida es posible que también tenga padres, y por lo mismo no pueda disponer libremente de la mitad legitimaria y de la cuarta de mejoras. Con esto se puede concluir que la mayor parte de la población de nuestro país, se verá obligado a respetar las asignaciones forzosas.

Es necesario además, tener presente que a lo largo de la historia, esta materia ha sido objeto de fuertes críticas, así Claro Solar (1979), respecto a la libertad de testar indicaba:

El sistema de la libertad de testar es preferible por ser más conforme al derecho y a la naturaleza de las relaciones familiares, a la vez que el más justo porque permite al padre de familia tomar en consideración lo que más conviene al desarrollo económico de ella; dejando la administración de parte de sus bienes encomendada por tiempo prudencial a aquel o aquellos de sus hijos, cuando éstos son varios, que hayan dado pruebas de mejor discernimiento y dedicación al trabajo y de mejor conducta en la vida; pero no estimamos que la libertad de testar deba ser absoluta, y sin restricción alguna, sino que debe ser limitada en cuanto sea necesario a asegurar por parte de los padres el cumplimiento de las obligaciones que tienen en orden a la alimentación y educación y establecimiento de los hijos. (p.247)

Domínguez Águila (2006), respecto de la legítima se cuestiona:

¿Qué rol cumple, por ejemplo, la legítima, si los hijos son ya personas muy mayores con una vida formada y con un destino que ellos mismos ya se han trazado y en el que poca influencia podría tener la adquisición de algunos bienes del causante? Desde luego, ya no es necesaria para la mantención de esos hijos, porque ninguna obligación patrimonial ha de tener el padre frente a ellos. (p.182)

Pablo Rodríguez (2003), afirma que:

No obstante la arraigada tradición en esta materia, las legítimas representan una concepción sucesoral anacrónica. Estas asignaciones sólo se justifican en determinadas circunstancias de la vida de los herederos, pero no siempre, sin perjuicio de limitar considerablemente el derecho que todo individuo tiene de disponer de sus bienes como le venga en ganas. Por nuestra parte, somos partidarios de mantener en la ley nacional asignaciones forzosas de carácter fiduciario, a favor de personas que por su edad, estado o situación requieren un apoyo asistencial de los padres o de los hijos, pero, de modo alguno, a favor de personas que no lo necesitan y que con ello hacen

ilusorio el derecho de disponer libremente de los bienes a favor de quien quiera el causante favorecer. Lo natural será que los padres sean heredados por los hijos; así como los hijos, cuando carecen de descendencia, sean heredados por los padres. Si así no ocurre es porque el de cujus ha tenido razones poderosas para preterirlos en la sucesión de su patrimonio y ello debe ser respetado. (p.307)

Hernán Corral (2008), propone una reforma de las asignaciones forzosas, de la siguiente manera:

Un buen incentivo para testar sería ampliar la libertad del testador para asignar sus bienes. Podría pensarse, por ejemplo, en suprimir la llamada cuarta de mejoras, y dejar una mitad de la herencia para los legitimarios y la otra mitad para la libre disposición del testador. (p.10)

De la misma manera, María Sara Rodríguez (2010), señala que: “Para remediar esta situación propongo la derogación de la cuarta de mejoras. Esto liberaría la mitad de la herencia para disposiciones de libre voluntad; devolviendo a la legítima su proporción clásica de la mitad de la herencia.” (p. 433).

Evidentemente hay ciertas realidades que son innegables, el promedio de vida de los ecuatorianos, para el 2018 según el INEC es de 76 años, es decir nuestra sociedad ha envejecido, de ahí que cuando el padre fallece, los hijos son personas mayores con una vida hecha, inclusive los nietos, a la muerte de sus abuelos ya tienen un patrimonio formado. Nuestro ordenamiento jurídico no regula la situación de la empresa familiar, pese a la importancia que tiene en la economía. La situación de los ascendientes, de manera general, se encuentra garantizada mediante la seguridad social, por lo cual cabe preguntarnos si no sería posible eliminarlos como asignatarios forzosos.

Debido a éstas y otras razones creemos que es necesario una revisión del sistema sucesorio, a fin de proponer un sistema de asignaciones forzosas que se acople a las

necesidades actuales de nuestra sociedad, que de ninguna manera implica eliminar las asignaciones forzosas, para sustituirlo por un sistema de libertad de testar, únicamente se busca ampliar la facultad de disposición del causante.

Como sostiene Ferrara (2017) “A medida que un pueblo se desarrolla y sus relaciones se hacen más extensas y complicadas, el derecho, que permanece fijo e inmóvil, resulta pronto inadecuado para regular aquel conjunto de relaciones variadas” (p.89).

De esta forma, a continuación se analizarán las tesis actuales que justifican ampliar la libertad de testar.

## **2.1 Tesis actuales que justifican ampliar la libertad de testar**

### **Las asignaciones forzosas, su relación con la economía: la empresa familiar**

La empresa familiar, es un tema, que nuestro derecho sucesorio deja en total abandono y para el cual, no existe aún una solución acertada.

En Ecuador, la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, realizó una investigación en el 2017, en la cual se observa que el 90,5% de las empresas son de carácter familiar.

Johannes Ritz, experto de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Alemana, manifestó, que: “Las empresas familiares en Ecuador, como en la mayoría de países, son sumamente importantes para la generación de empleos y para el crecimiento económico, pues son el motor de la economía. Las compañías familiares en Ecuador generan alrededor de 1.6 millones de empleos y su aporte a la economía nacional representa el 51% del Producto Interno Bruto.” (Solo un 2% de empresas familiares en el país tiene plan de sucesión, 2018, pág. 1)



Sin embargo, pese a la importancia que tienen dichas empresas en la economía, éstas resultan ser vulnerables a problemas familiares, principalmente cuando se refiere a la continuidad de la misma por cambios generacionales; de ellas solo un 30% llega a una segunda generación y apenas el 15% pasa a la tercera generación. (Empresas familiares en el Ecuador, 2009). Esta situación puede darse por que los herederos no quieran continuar con dicha empresa, y decidan ponerle fin, fraccionando la misma, lo cual evidentemente produce múltiples efectos no solo de índole económico sino también social como podría ser el despido de los trabajadores.

Se puede constatar, en nuestro sistema, que descansa en el respeto a las asignaciones forzosas, que cuando se le obliga al causante a dejar a los herederos lo que por ley les corresponde, se va a producir un inminente fraccionamiento de la propiedad. Como manifiesta Ortuzar Santa María (1996): “A la muerte del fundador [de la empresa familiar] de no mediar una anticipación lícita, se transformará en una comunidad destinada a seguir la misma suerte del creador, es decir, su extinción o división” (p.302). Empero, fuera distinta la situación, si el causante, propietario de la empresa familiar, gozara de una mayor libertad de testar, eventualmente la empresa podría continuar funcionando en manos del hijo que demostrara mayor interés o compromiso con el negocio; inclusive en manos de terceras personas, porque, al final lo que se busca es evitar que la empresa desaparezca por los cambios de generaciones, si bien esto es un ideal, si analizamos el Código Civil vemos como su articulado amenaza la conservación del negocio familiar. A continuación, analizaremos algunos ejemplos.

## **La partición de los bienes**

El Código Civil, establece en el primer inciso del Art. 1338 que: “Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular estará obligado a permanecer en la indivisión”.

El hecho de que los coasignatarios puedan pedir siempre la partición, supone que su derecho es imprescriptible, esto llevando al campo de nuestro estudio, atenta a la conservación de la empresa, ya que cualquier heredero puede ejercer siempre su acción de partición sobre la misma. Y en este caso, a menos que en la adjudicación, la empresa le corresponda a uno de los herederos, ésta tendrá que dividirse entre ellos, llegando así a su culminación.

### **El testador no puede establecer la indivisión**

Es necesario además, analizar que el testador no puede establecer la indivisión de la empresa familiar, cuestión que solo compete a los herederos, mediante el pacto de indivisión, que como establece el artículo mencionado anteriormente, no puede estipularse por más de cinco años.

### **Designación de los bienes por el testador**

Si bien el Art. 1220 establece que la persona que deba una legitima puede establecer las especies con las cuales se pague la misma, para que esto ayude a la conservación de la empresa familiar, deberíamos suponer que el causante tiene bienes suficientes para satisfacer el derecho de los legitimarios y así mismo preservar la empresa, situación que sería bastante forzada.

## **La empresa familiar en el derecho comparado:**

### **España**

El Art. 1056 del Código Civil Español, ha regulado de manera específica este tema, al establecer que: “El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extra hereditario y establecer por el testador o por el contador partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia...”

Se observa como en España el ordenamiento jurídico favorece en gran medida la conservación de la empresa familiar; se regula el eventual caso en el que, si no existiera dinero suficiente para pagar al asignatario, la legítima que le corresponde, esta deuda se puede pagar en un plazo de hasta cinco años, inclusive con dinero extrahereditario, se supera entonces la limitación que implicaba que el testador tenga suficiente dinero distinto al de la empresa familiar para satisfacer las legítimas correspondientes. Estas reformas legislativas introducidas en España, le permiten al testador diseñar la sucesión que mejor le convenga a la empresa familiar y de esta manera evitar su fragmentación

entre las sucesivas generaciones, dando en herencia la empresa a uno de sus herederos, evitando que la misma se liquide para pagar las cuotas hereditarias.

## **Francia**

El Art. 924 del Código Civil Francés, establece respecto de las liberalidades, que cuando éstas se hayan hecho de forma excesiva por el causante, los asignatarios perjudicados pueden ejercer la acción de reducción de las liberalidades, pero esta reducción será en valor y no en especies; de esta manera el causante puede ayudar a la conservación de la empresa familiar, disponiendo de la misma en favor de una persona, y ésta solo tendrá que pagar, el valor que corresponda por indemnización a los asignatarios perjudicados, conservándose la empresa familiar.

Como sostiene Alberto Guerra (2004): "...de una buena planificación del proceso de sucesión, dependerá gran parte del éxito del tránsito generacional de la empresa familiar" (p.23).

## **El aumento de la esperanza de vida**

En 1861, fecha en la que empieza a regir el Código Civil del Ecuador, la esperanza de vida era baja, en América Latina, en el siglo XIX, la misma era de apenas 29 años<sup>1</sup>; de esto deriva que en aquella época, las asignaciones forzosas, tenían por objeto evitar la desprotección a los hijos, que aún eran menores de edad. La herencia tenía por objeto,

---

<sup>1</sup> Fuente: América Latina En EL Siglo XX: ¿Se Estrecharon Las Brechas O Se Ampliaron Aún Más?

reemplazar el sustento que la familia habría perdido con la muerte del causante y de esta manera evitar que entren en una situación precaria.

Pero esta situación ha cambiado diametralmente, en la actualidad, según estadísticas del INEC, la esperanza de vida para los ecuatorianos es de 76 años. Si nos basamos en este promedio y en el hecho de que las personas pueden tener descendencia hasta aproximadamente los 40 años, podemos concluir, que si esta persona muere sus hijos tendrán de 30 a 40 años.

De estos datos, podemos observar que la expectativa de vida de los ecuatorianos, ha aumentado totalmente, lo cual ha traído diversas consecuencias tanto sociales como jurídicas.

Y en este punto, es necesario que nos preguntemos, si las asignaciones forzosas, como se encuentran reguladas en nuestro código civil, tienden o no, a cumplir el objetivo para el cual fueron creados. Si las asignaciones forzosas, y en especial la legítima buscaban proteger a los hijos, es dudoso que en la actualidad cumplan esa función. Entonces tener como fundamento de las asignaciones forzosas, la protección a los descendientes del causante, en nuestros días, no nos parece adecuado; la realidad nos demuestra que, cuando los hijos pierden a sus padres ellos ya son independientes.

Además, el hecho de que la herencia llegue a manos de los descendientes cuando ellos ya han logrado formar su propio patrimonio, se traduce en que dicha herencia solo vaya a aumentar el patrimonio de los herederos, ya no cumple con su objetivo de protección.

## **El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad frente a las asignaciones forzosas**

El derecho a la propiedad se encuentra garantizado en tratados internacionales, así podemos hacer referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos, llamando también Pacto de San José de Costa Rica, en su Art. 21 indica, que: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.

De igual forma la Declaración Universal de los Derechos Humanos, manifiesta en su Art. 17 que: “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”.

La Constitución del Ecuador, establece en su Art. 321 que: “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”.

Si bien el derecho a la propiedad se encuentra, consagrado no solo en tratados internacionales, sino también en nuestra Constitución, se observa, que en la misma no se hace mención alguna ni a la libertad de testar ni a la sucesión por causa de muerte. De aquí entonces que nos preguntemos si las restricciones a la libertad de testar, son coherentes con el Art. 321 de la Constitución.

Como sabemos la facultad de testar no es más que una extensión del derecho de propiedad, ya que si una persona puede, en vida disponer de sus bienes como mejor le convenga a sus intereses, la lógica nos indica que también debería poder disponer de sus bienes mediante testamento.

Del análisis, ya realizado, vemos que nuestro sistema sucesorio, limita la facultad de disposición que tiene el causante, lo cual estaría, aparentemente, en contra del Art. 321 de la Constitución; no obstante la propia Constitución, establece que, pueden existir

limitaciones al derecho de propiedad siempre y cuando éstas se deriven de su función social o ambiental.

Cabría entonces que analicemos si las asignaciones forzosas, se encuentran incluidas en lo que podríamos entender por función social; a fin de evitar un posible conflicto de inconstitucionalidad se señala que el fundamento de las asignaciones forzosas lo encontramos en la protección de la familia, reconocida en el Art. 67 de la Constitución, cuando manifiesta que: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad”.

Sin embargo, no compartimos este criterio ya que existen otras formas de proteger a la familia, sin que esto afecte la facultad de disposición que tienen las personas, inherente al derecho de propiedad sobre sus bienes.

### **La seguridad social y los ascendientes como asignatarios forzosos.**

Greco Rubén (1975), respecto de la seguridad social sostiene que: “es el conjunto de normas, principios y técnicas que tienen por objeto atender la satisfacción de necesidades individuales derivadas de la producción de determinadas contingencias sociales, valoradas como socialmente protegibles” (p.20)

Si vemos en la historia, podemos encontrar que la familia generalmente, era biparental, estaba formada por ambos padres, y era también extensa, mucho más amplia que en la actualidad, a más de los padres estaba integrada por los abuelos, tíos, primos, entre otros, y precisamente por esto es que la familia se constituía como una red de apoyo de sus miembros más cercanos, cuando alguno de ellos se encontraba en un momento de necesidad.

La familia del siglo XIX, ha sufrido grandes cambios, en la actualidad debemos incluir en su denominación, tanto a la familia nuclear como a la extensa basadas o no en el matrimonio. Se observa entonces como la familia ha cambiado en diferentes aspectos su composición, las bases de sus vínculos y su tamaño, ahora tenemos una familia nuclear, es decir más pequeña, compuesta por el padre e hijos.

Debido al hecho que la familia se vuelve más pequeña, la misma no puede sostener sino a sus miembros más cercanos, tomando en consideración esto, además de las malas condiciones laborales y sociales de la época, debido a la revolución industrial, nace la seguridad social como una forma de garantizar el sustento diario de las personas, cuando por circunstancias ajenas a su voluntad perdían sus ingresos.

La nueva situación histórica, que surge a raíz de la revolución industrial, está marcada por catástrofes de magnitudes inimaginables, podemos hacer referencia a los accidentes de trabajo, nuevas enfermedades debido a las largas y excesivas jornadas laborales, el hacinamiento en los centros urbanos debido a la migración, en general abuso y malas condiciones laborales dieron lugar a lo que se conoce como “cuestión social” Debido a esto los Estados acogen un papel más activo y de protección a sus ciudadanos previniendo la eventual pérdida de ingresos del núcleo familiar, cuando sus miembros no pudiesen laborar.

En nuestro país se encuentra consagrado, en la Ley de Seguridad Social, el “REGIMEN DE JUBILACION POR AHORRO INDIVIDUAL OBLIGATORIO” a través del cual, las personas a lo largo de su vida van reservando una parte de sus ingresos, para recibir una renta en el momento de inactividad de sus vidas.

En el caso que nos incumbe, vemos como a través de la seguridad social se soluciona el problema de los ascendientes como asignatarios forzosos, ya que al vivir más años y ya no poder ejercer actividades lucrativas, la jubilación reemplazaría los ingresos perdidos.



Al existir ya una rama del derecho que se encarga de este eventual problema, no se justifica a nuestro modo de ver la existencia de una doble protección por una parte la protección mediante la pensión por jubilación y también la protección mediante el derecho sucesorio.

Además, no podemos ser ajenos a la realidad social de nuestro país, lo común será que al fallecimiento de una persona, está ya no tenga ascendientes; tampoco debemos olvidar que los ascendientes solo concurren a falta de los hijos, por lo cual únicamente se beneficiaría a una parte muy pequeña de la población.

No buscamos con esto, dejar en completa desprotección a los ascendientes, lo que se sugiere es que ellos tengan derecho a una asignación alimenticia, ya no sería necesario protegerlos como legitimarios, y de esta manera se ampliaría la libertad de disposición del causante.

### **Incrementar el uso del testamento**

Como ya habíamos analizado anteriormente, la sucesión puede ser testada o intestada, todo el ámbito de las asignaciones forzosas se relaciona con la sucesión testada, ya que el testamento es el instrumento mediante el cual el causante puede disponer de sus bienes.

Nuestro Código Civil reconoce que el testamento puede ser abierto o cerrado, abierto cuando los testigos son conocedores de las disposiciones del causante o cerrado cuando no es necesario este conocimiento por parte de los testigos, establece además como requisitos para otorgar testamentos tanto abierto como cerrado, que los mismos se otorguen en presencia de un notario público y tres o cinco testigos respectivamente, además de que se respeten las asignaciones forzosas.

Como observamos este proceso testamentario puede llegar a ser complejo, para empezar por la existencia elementos de carácter social, ya que el hecho de que una persona otorgue testamento implica que está pensando en su propia muerte, cuestión que evidentemente es difícil de abordar; la mayor parte de las personas le teme a la muerte, y por eso se evita hablar de este tema, con mayor razón decidirse a redactar un texto en donde se determine qué pasará con los bienes después de sus días no será una decisión sencilla de tomar; a esto se deben sumar las distintas formalidades exigidas por nuestro ordenamiento jurídico.

Además cuando el futuro causante se decida a otorgar testamento, se dará cuenta que solo puede disponer libremente de una cuarta parte de su patrimonio. Entonces ¿qué motivación podría tener el causante para otorgar el testamento si únicamente puede disponer de una ínfima parte de sus bienes? Si la ley ya a determinado con anterioridad quienes tienen derecho sobre la mayor parte de sus bienes ¿qué necesidad hay de invertir tiempo y dinero en crear un testamento?

A nuestro criterio consideramos que ampliar la libertad de testar incentivaría el uso de este instrumento legal y al mismo tiempo evitaría que se realicen ciertos negocios jurídicos al margen de la ley, a fin de precautelar la voluntad del causante, como indicaba Portalis (1978): “...si se prohíbe o se restringe demasiado la facultad de testar, las liberalidades disfrazadas y las simulaciones reemplazarán los testamentos, e incluso en las familias más honestas se producirán los más horribles fraudes” (p.109).

## **2.2 La libertad de testar en el derecho comparado en el marco de las tres vertientes civilistas de América Latina: Chile, Argentina y Brasil**

El movimiento codificador en Latinoamérica empieza en el siglo XIX con tres grandes jurisconsultos de tradición romanista, así tenemos a Andrés Bello en Chile con el Código Civil de 1855, Teixeira de Freitas en el Esbozo (Código Civil de Brasil) de 1858 y Dalmasio Vélez de Sarsfield en Argentina con el Código Civil de 1869, su labor codificadora influyó en gran medida en el proceso de codificación de prácticamente toda Latinoamérica. Como sostiene Edgar Cortés (2009) “Los códigos civiles latinoamericanos son, en su mayoría, producto del movimiento codificador del siglo XIX, y los que se han dado más recientemente, con algunas excepciones, se remontan a esa misma tradición” (p.211).

Su estudio entonces resulta de suma importancia no solo por su aporte para la armonización y unificación del derecho privado, sino también por su originalidad, ellos decidieron crear sus propios códigos, respetando su propia cultura jurídica.

## **Chile**

Castán Tobeñas (1977), expresa:

El Código Civil de Chile fue elaborado minuciosamente por el gran jurista Andrés Bello siendo promulgado el 14 de diciembre de 1855, para entrar en vigor el 1° de enero de 1857. Es, sin duda alguna, como obra jurídica, el más interesante y perfecto de los Códigos americanos, al que acompañan las virtudes de la claridad de lenguaje y de la precisión de concepto, siendo notable también la originalidad de muchas de sus disposiciones, aunque como toda obra legislativa inspirada en un trabajo científico personal, adolezca en ocasiones de prolijidad y minuciosidad excesivas.

El Código Civil de Bello tuvo una fuerte influencia en la redacción de varios códigos de América, así podemos hacer referencia al Código Civil de:

- Ecuador de 1861
- Portugal de 1867
- México de 1871
- Colombia de 1873
- Venezuela de 1873
- Guatemala de 1877
- Costa Rica de 1888
- España de 1889,
- Panamá
- El Salvador
- Nicaragua
- Honduras, entre otros.

Además fue seguido en varios aspectos por Teixeira de Freitas en el Código Civil de Brasil de 1860, también por Dalmasio Vélez de Sarsfield en el Código Civil de Argentina de 1869.

### **La libertad de testar, su evolución en Chile**

Es necesario recordar que Bello (1955) era partidario de una libertad de testar absoluta, lo cual lo expresa en las notas del Proyecto del Código de 1853, en donde sostiene que:

El establecimiento de las legítimas, no sólo es vicioso porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad), sino porque complicando las particiones,

suscitando rencillas y pleitos en el seno de las familias, retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera alguna vez acarrearles. (p.188)

En ese mismo sentido expresa además que:

Las legítimas no fueron conocidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica. Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América; y tal vez no hay países donde sean más afectuosas y tiernas las relaciones de familia, más santo el hogar doméstico, más respetados los padres o procurados con más ansia de la educación de sus hijos”. (p.315)

Sin embargo, como nos indica Domínguez Águila (2007):

Bello comprendió muy rápidamente que, al menos en materia sucesoral, debía obedecerse a la tradición cultural chilena, que no era otra que la española castellana, cuyo Derecho, a través de la legislación de Partidas, formaba parte de nuestra alma nacional y que sería una ilusión trasplantar instituciones ajenas a esa historia. (p.477)

Tomando en consideración esta situación, Bello (1955) decidió incluir las legítimas dentro del Proyecto del Código, justificó su decisión sosteniendo que:

A pesar de estas consideraciones, que creemos justificadas por la experiencia, ha conservado este proyecto las legítimas. Se puede siempre disponer libremente, aun entre extraños, de la mitad de los bienes pero se debe dividir la otra mitad entre los legitimarios. (p.188)

De esta forma el proyecto de 1853, estableció en el Título V del Libro III el tema de las asignaciones forzosas, sin hacer mención a la mejora. Así el Art. 1345 del proyecto del Código Civil chileno establecía que: “La legitima rigorosa, es la mitad de lo que

corresponde al legitimario sucediendo abintestato. El testador puede disponer libremente de lo que resta después de satisfechas las legítimas rigurosas”. Se aprecia entonces, como el testador podía disponer libremente de la mitad de sus bienes como él quisiera, existiendo un equilibrio entre la libertad de testar del causante y los intereses de los legitimarios.

Finalmente el Código Civil de Chile, estableció un sistema restringido en cuanto a la libertad de testar, estableciendo lo que conocemos como Asignaciones Forzosas, mismas que según el Art. 1167 eran:

- Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas
- La porción conyugal
- Las legítimas
- La cuarta de mejoras para los descendientes.

De esta forma se restringió ampliamente la libertad de testar que había consagrado Bello. Después de varias modificaciones al Código Civil Chileno de 1857, en la actualidad se observan cambios en la libertad de testar, de esta forma actualmente el Art. 1167 establece que las asignaciones forzosas son:

- Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas
- Las legítimas
- La cuarta de mejoras para los descendientes, ascendientes y cónyuge.

En la actualidad las legítimas constituyen la mitad del patrimonio del causante; además como indica el Art. 1182, del Código Civil de Chile, los legitimarios son los hijos, los ascendientes y el cónyuge supérstite.

### **La cuarta de mejoras**

Si Bello no era partidario del establecimiento de las legítimas mucho menos lo era de las mejoras, respecto de ellas sostenía que:

En este proyecto no se impone al padre la obligación de emplear cierta cuota de sus bienes, fuera de las legítimas, en beneficiar a uno o más de sus descendientes a su arbitrio, dividiéndola entre ellos como quiera. Se le autoriza, pues, para disponer libremente de la mitad de sus bienes, y se suprime la mejora del tercio, invención peculiar de los godos. (p. 191)

Empero las mismas fueron establecidas por la Comisión Revisora, con la particularidad de que éstas se imputaban a la porción de libre disposición.

Constituye entonces, la cuarta de mejoras, otro límite a la libertad de testar, la misma ha sido modificada en varias oportunidades, si bien no en cuanto a su monto, que siempre ha sido un cuarto, si en cuanto a los beneficiarios. El Código Civil original, consagró como beneficiarios únicamente a los descendientes legítimos, la Ley No. 10.271 a fin de adaptarse al contexto de esa época añadió a los hijos naturales y sus descendientes legítimos, posteriormente la Ley No. 18.802 agregó al cónyuge sobreviviente y por último la Ley No. 19.585 restringe aún más la libertad de testar al aumentar como beneficiarios de la cuarta de mejoras a los ascendientes del causante.

### **Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas**

El Código Civil de Chile, en su Art. 1167 establece en primer lugar a “los alimentos que se deben por ley a ciertas personas” como asignación forzosa, establece además en el

Art. 321 a los beneficiarios de dichos alimentos, ellos son el cónyuge, descendientes, hermanos y al que hizo una donación cuantiosa, siempre que no haya sido revocada.

De la redacción del Art. 1168, el mismo que indica: “Los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas, gravan la masa hereditaria; menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión”. Se observa que esta asignación constituye, de manera precisa, una baja general de la herencia, es por esta razón que en Chile esta asignación no se considera como una limitación a la libertad de testar, dejando únicamente con esta característica a la legítima y la mejora.

Esta es la situación al día de hoy.

## **Brasil**

Augusto Teixeira de Freitas fue un ilustre abogado brasileño, a quien en 1855 el gobierno le encomendó la tarea de crear un Proyecto de Código Civil para Brasil. Teixeira de Freitas, gran conocedor del derecho, sabía que para realizar esta tarea necesitaba un trabajo previo que abarcara la clasificación y consolidación de toda la legislación brasileña; esta monumental obra era necesaria a fin de poner en orden las diferentes leyes que convivían en aquellos tiempos, como sabemos al producirse el movimiento independentista de Brasil, continuaba en vigencia la legislación colonial civil portuguesa, entre ellas podemos mencionar “*Las ordenanzas filipinas*” éstas eran las primeras leyes vigentes en el Brasil Colonial<sup>2</sup>, “*Las leyes de las naciones cultas*” mismas que según los Estatutos de la Universidad de Coimbra de 1772 se aplicaban como fuente subsidiaria del

---

<sup>2</sup> Fuente: La intervención comparada con menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países.



derecho portugués<sup>3</sup>, como sostiene Masdeu estas naciones cultas eran las de Inglaterra y España (Silva, 2006), “*La Constitución brasileña de 1824*” además de las leyes del Derecho Romano y el Derecho canónico. Se trataba entonces de un gran trabajo que incluía separar la legislación vigente de la derogada, mismo que culminó en 1857 bajo el nombre de “*Consolidación de las leyes civiles*” con 1333 artículos.

A decir de los mayores juristas de la época, Teixeira de Freitas alcanzó con esta obra la cumbre de la ciencia jurídica, mereciendo que lo considerasen el máximo de los jurisconsultos de su patria. Así Enrique Martínez Paz (1927) sostuvo:

La Consolidación es el monumento más alto del pensamiento jurídico americano; las codificaciones y los trabajos de exégesis y comentarios, así como los escasos tratados de dogmática, ni en punto a erudición ni en doctrina han alcanzado ese sello de originalidad, de sentido personal y de profundidad que caracteriza a la Consolidación de las leyes civiles. (p.16)

Igualmente según Valladao (1974), Abel Chanton manifestó: “La consolidación lo elevó de golpe al rango del más importante jurisconsulto de América” (p.169).

Posteriormente en 1859 el gobierno brasileño le encargó la redacción del Código Civil, mismo que fue presentado de 1860 a 1865 en diversas partes:

- 1860: El Título preliminar; la Parte General, Libro I, De las Personas, De las Cosas, De los Hechos.
- 1861: La Parte Especial; Libro II, De los Derechos, De los Derechos Personales, Sección I, De los Derechos Personales en general, Sección II De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia.

---

<sup>3</sup> Al haber sido Brasil colonia de Portugal, desde 1500 hasta 1822, estas leyes continuaban rigiendo en Brasil.

- 1864 – 1865: Surge la otra sección del Libro II, De los Derechos Personales en las Relaciones Civiles; y el Libro III, Derechos Reales, Cosas Propias, Cosas Ajenas, las Servidumbres, tema que no llegó a culminar.

Teixeira de Freitas, aquejado por problemas de salud que le impidieron seguir adelante, entregó un total de 4.908 artículos; teniendo aun entre manuscritos temas muy importantes como: la herencia, el concurso de acreedores, la prescripción, entre otros. Además, sumando a esto, el constante deseo de perfeccionamiento, Teixeira de Freitas consideró que Brasil necesitaba un Código de Derecho Privado separado de un Código General; esto dio como resultado que el trabajo estuviese aún incompleto hasta 1872, fecha en la que el gobierno brasileño decidió rescindir el contrato, interrumpiendo la culminación de dicho Código, que hoy se conoce como "*Esbozo de código Civil Brasileño*".

A pesar de que este Código no fue aprobado, sirvió de base para los Códigos Civiles de Uruguay, Paraguay, Argentina, entre otros. Así indica el Dr. Tristán Narvaja, redactor del Código Civil uruguayo, según Valladao (1960), que se había servido para su trabajo del "Proyecto del señor Freitas (inconcluso aún), el trabajo más notable de codificación por su extensión y por el estudio y meditación que revela" (p. 423). De igual forma indica Vélez Sarsfield, creador del Código Civil argentino, "se había servido sobre todo del proyecto de Código Civil, que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos".<sup>4</sup> Es más, fue tal la influencia del Esbozo, de Teixeira de Freitas, que éste fue publicado por primera vez en Argentina.

---

<sup>4</sup> Carta de Vélez Sarsfield al ministro de justicia, de 21 de Julio de 1865.

Brasil vio postergado el surgimiento de un Código Civil hasta 1917, fecha en la que se promulgó el Código Civil redactado por Clovis Beviláqua, mismo que incorporó muchas ideas de Teixeira de Freitas.

Continuando con el tema de nuestro estudio, podemos observar que en Brasil existe una libertad de testar relativa o limitada, así lo establece el Art. 1789 del Código Civil brasileño mismo que indica: “*Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança*”. (En el caso de herederos necesarios, el testador sólo podrá disponer de la mitad de la herencia). De igual forma el Art. 1.846 sostiene que “*Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima*” (Pertenece a los herederos necesarios, de pleno derecho, la mitad de los bienes de la herencia, constituyendo la legítima). Además el Art. 1.845 señala que “*São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.*” (Son herederos necesarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge). No habiendo herederos necesarios, entonces el testador puede disponer libremente de la totalidad de su patrimonio.

## **Argentina**

El Código Civil Argentino fue instaurado en 1869 por Dalmasio Vélez Sarsfield, y reguló las relaciones jurídicas de los argentinos por aproximadamente ciento cuarenta y cinco años, hasta que se promulgó el “Código Civil y Comercial de la Nación” en el 2015, la vigencia del Código de Vélez de casi siglo y medio nos demuestra lo acertado de su redacción.

La facultad de jurisprudencia de la Universidad de Roma, en 1986 realizó un Congreso Internacional con el fin de reconocer la magnificencia del Código de Vélez, principalmente su originalidad y la influencia que tuvo en países latinoamericanos.

Estando el Código de Vélez solo como proyecto ya influyó en la redacción de varios códigos, podemos mencionar entre ellos a:

- Uruguay
- Paraguay
- Nicaragua
- Filipinas
- Perú
- Puerto Rico, entre otros.

Esta situación es confirmada por Leonardo Pérez Gallardo, mismo que indica: “El Código de Vélez es una de las joyas del Derecho en todo el continente, no solo por lo que significó para la Argentina, sino por la influencia que tuvo en la codificación civil de los otros países” (p.4)

Dentro del derecho sucesorio, en primer lugar, Vélez reconoció que la sucesión por causa de muerte merecía una regulación independiente y por esto la ubicó al final del Libro IV, vinculó los testamentos con la sucesión y lo separó de las donaciones, mismo que incluyó dentro de los contratos, esta ubicación tan metodológica tiene presencia hasta la actualidad.

Vélez, abolió el sistema de división de los bienes, a través del cual al fallecimiento de una persona debían distinguirse los bienes adquiridos de los bienes de familia, a efectos de que estos últimos, retornen a la familia de origen.

Además instauró el principio de la igualdad en la partición hereditaria para todos aquellos que se encuentren en un mismo grado. Se sostiene que la distribución de forma igualitaria y forzosa de la herencia contribuyó en aquellos tiempos a la división de la tierra y de esta forma se consagró como un límite a los latifundios, de esta forma el Código de Vélez instauró una verdadera reforma agraria que benefició a la población, así se consagra como un incentivo a la evolución económica argentina.

El Código de Vélez, promulgó un sistema sucesorio cerrado por medio de las legítimas, a través de ellas se otorgó a los miembros más cercanos del causante el derecho a recibir determinada porción de sus bienes, estableciendo además una fuerte protección legal. A continuación se analizarán las legítimas, las mejoras y la situación del cónyuge supérstite.

### **Legítimas**

Vélez, estableció como beneficiarios de la legítima a los:

- Descendientes
- Ascendientes
- Cónyuge supérstite

La legítima de los descendientes era de  $\frac{4}{5}$  de la masa hereditaria, la de los ascendientes de  $\frac{2}{3}$  y la del cónyuge supérstite, cuando no existían descendientes ni ascendientes, era de la mitad de los bienes. A efectos de ampliar la libertad de testar, el Código Civil actual modificó estos porcentajes, así: la legítima de los descendientes es de  $\frac{2}{3}$ , la de los ascendientes  $\frac{1}{2}$  y del cónyuge supérstite  $\frac{1}{2}$ .

### **Mejoras**

Las mejoras no fueron establecidas en el Código de Vélez, así el Art. 3605 indicaba que: “De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos\*. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos\*.” Como se observa de la redacción de este artículo las mejoras, no constituyen en sí mismo una asignación forzosa, ya que ésta se imputa a la parte de libre disposición y se encuentra a la voluntad del causante realizarlo o no. El Código Civil argentino actual, introduce una gran innovación al regular de manera expresa la mejora, misma que se puede realizar en favor de los descendientes o ascendientes con discapacidad y éstas se imputan a las legítimas, de esta forma el Art. 2448 establece: “Mejora a favor de heredero con discapacidad: El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad...”

### **Regulación del Cónyuge Supérstite**

Es necesario hacer referencia también a la situación en la que se encontraba el cónyuge supérstite antes del Código de Vélez, el mismo era excluido de la sucesión por los descendientes, los ascendientes y los colaterales hasta el décimo grado, es decir nunca heredaba, y solo se reconocía a la viuda pobre la cuarta marital. Teniendo en consideración la situación económica y social, en donde el patrimonio se formaba con el trabajo personal, pero además, con la ayuda del cónyuge, misma que colabora con las labores del hogar y la crianza de los hijos, Vélez comenzó una reforma drástica: en primer lugar le reconoce al cónyuge supérstite, las ventajas derivadas de la sociedad conyugal y así tiene derecho a la mitad de los gananciales, además le instituye como beneficiario de

la legítima, en concurrencia de los descendientes y ascendientes. Así, Vélez, se adelantó a la legislación vigente de su época, en Europa recién en el siglo XX se reconocieron estos derechos al cónyuge superviviente; como vemos estas innovaciones legislativas fueron tales en aquella época que García Goyena (1852), sostuvo que: “reconocer la calidad de heredero forzoso al cónyuge sería una solución irregular, monstruosa y chocante con todos los principios del derecho sucesorio” (p.405)

### **CAPÍTULO III**

#### **LA VIABILIDAD DE UNA EVENTUAL REFORMA DE LAS ASIGNACIONES**

#### **FORZOSAS EN EL ECUADOR**

### 3.1 La cuarta de mejoras

Sobre este tema varios autores consideran que sería conveniente eliminar la cuarta de mejoras, a fin de que el causante pueda disponer libremente de la mitad de sus bienes, ya que se considera que es un límite injustificado a la libertad de testar del causante.

Podemos empezar recordando a VÉLEZ SARSFIELD, mismo que eliminó de manera expresa la mejora, así el Art. 3605, del Código Civil de Argentina, indicaba que: “De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser distraída para mejorar a los herederos legítimos”.

Sara Rodríguez (2010), considera que la eliminación de la cuarta de mejoras: “...liberaría la mitad de la herencia para mejoras y disposiciones de libre voluntad; devolviendo a la legítima su proporción clásica de la mitad de la herencia” (p.433).

De igual forma Hernán Corral (2008) indica: “Podría pensarse, por ejemplo, en suprimir la llamada cuarta de mejoras, y dejar una mitad de la herencia para los legitimarios y la otra mitad para la libre disposición del testador” (p.10)

Así mismo, la mejora ha sido criticada en España de donde es originaria, Federico Puig (1963) sostiene:

Lo cierto es que la mejora castellana tiene defectos gravísimos muy difíciles de paliar: introduce el desamor y el odio entre los familiares al ver que muchas veces, sin una verdadera y justificada causa, resulta uno de ellos enriquecido en relación con la estricta cuota dejada a los otros. Finalmente pone en manos de los padres un instrumento de desigualdad filial que puede no moverse siempre por equitativas razones, sino a veces, por la misma pasión, el cariño extremado o incluso el mismo desafecto. (p.446)



Pero estas ideas no se han quedado solo en los libros o en la mente de sus creadores, sino que han trascendido al ámbito legislativo, lo cual podemos corroborar por ejemplo con el caso de Colombia, en donde el 2 de Agosto del 2018 se promulgó la “Ley 1934 de 2018” misma que introduce importantes cambios respecto de la libertad de testar.

Es importante recordar que esta Ley fue impulsada por el congresista Rodrigo Lara Restrepo el cual, al presentar el proyecto de ley sostuvo que: “...*nuestra legislación, heredada del código napoleónico, obedece a órdenes de justificación ligadas a la Francia revolucionaria, en lugar de ser un desarrollo legislativo original que se dirija a satisfacer las necesidades particulares de nuestro país*”. Asimismo manifestó que: “*Se trata de un proyecto de ley que busca modernizar dichas instituciones sobre la base de una premisa fundamental: reconocer el esfuerzo individual y, por ende, el derecho que tiene toda persona a disponer libremente de los bienes que acumuló a lo largo de su vida cuando sobrevenga la muerte*”. Finalmente el congresista Lara, concordante con las ideas manifestadas a lo largo de esta investigación concluyó que: “*Este proyecto parte de la idea de que aumentando la libertad de testar de las personas estas podrán asignar con mayor sabiduría los recursos que han logrado acumular dentro de sus vidas, considerando que la decisión de disponer de la herencia y los beneficiarios es una decisión particular y moral, que le compete a cada individuo de conformidad con sus propios valores, por lo que la imposición de criterios de igualdad absoluta es una injerencia indebida del Estado en la esfera personal de los ciudadanos*”.

Así dicha ley trata temas trascendentales, por una parte elimina la cuarta de mejoras, dejando que la herencia se divida en dos partes una mitad para legítimas y la otra mitad para libre disposición.

Además introduce un tema novedoso, digno de mención, en donde a fin de evitar la excesiva fragmentación de las tierras rurales se las excluye del régimen de las legítimas,

siempre que su extensión sea inferior a cuatro unidades agrícolas familiares, quedando entonces disponibles para que el causante disponga libremente de ellas. Así lo establece el Art. 21 de la Ley 1934 de Colombia “Cuando vaya a disponerse testamentariamente de predios rurales de extensión inferior a cuatro (4) Unidades Agrícolas Familiares (UAF), no será aplicable el régimen de legítimas”. Sobre este particular Lara sostiene que: “...el germen de destrucción de la propiedad rural está en la ley de reparto por igual o en la ley de sucesiones, porque cuando usted es hijo del dueño del predio rural, tiene la certeza de heredar una parte, según el número de hermanos que tenga, de dicha propiedad. Esto puede amenazar la viabilidad productiva y económica del predio, y eso es justamente lo que queremos evitar”.

Todas estas ideas nos permiten reflexionar ¿se justifica la existencia de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico o debe ser eliminada del mismo, a fin de obtener una mayor libertad de testar?

Una opción simple sería considerar eliminarla de nuestro ordenamiento jurídico, como ya decía Montesquieu: “La ley natural ordena a los padres que alimenten a sus hijos, pero no les obliga a hacerles sus herederos”.

Sin embargo esta opción, que en principio podría ser la más adecuada, implicaría que nos alejemos diametralmente de nuestra cultura jurídica, misma que ya estableció un sistema de asignaciones forzosas basado en la legítima, en la mejora y en la porción conyugal. Por lo tanto consideramos que es más adecuado que las mejoras continúen inmersas en nuestro ordenamiento jurídico; si tenemos como base la idea de protección a la familia, la libertad de disposición del causante encuentra justificada su limitación cuando tiende a ese objetivo, es decir a proteger a determinados miembros de la familia que efectivamente necesiten dicha protección. Lo que sugerimos entonces es un cambio en el fundamento de la mejora, que permita la conservación de la misma y de esta forma que

se mantenga la estructura de nuestro régimen sucesorio. Como sostiene Hernán Corral (2011):

Mejorando la mejora, en vez de optar por su eliminación, hay menos riesgos de desestructurar un régimen normativo altamente sofisticado y que, en general, ha funcionado bien. Se obtendría, también y de mejor forma, el objetivo que, sin duda debe ser compartido, de incrementar la libertad de disponer los bienes para después de la muerte.

Como se analizó de manera previa la mejora es una institución de origen castellano, cuyo fin, tal como lo establece su nombre era “mejorar” la situación en la que se encontraba alguno de los descendientes. En los tiempos en los que se redactó el Código Civil, las familias solían tener varios hijos, de ahí deriva la utilidad de las mejoras, pues el causante podía distribuir su patrimonio teniendo en consideración la situación particular de cada descendiente, es decir atento a las necesidades especiales de cada uno.

Si bien se podría decir que actualmente el causante tiene esa misma facultad de elegir a cualquier descendiente para mejorarlo, la cuestión es que debe necesariamente elegir a uno de ellos aun cuando no tenga ninguna necesidad especial y en el caso de que el testador omita pronunciarse respecto de los beneficiarios de la mejora la mitad legitimaria aumenta a tres cuartas partes, recibiendo de esta forma el legitimario la legítima efectiva, produciendo de esta forma una mayor restricción a la libertad de testar.

Consideramos entonces que esta mejora solamente debería realizarse en el caso de que existan descendientes menores o que tengan algún tipo de discapacidad, de esta forma se podría aumentar la libertad de testar del causante, sin menoscabar los derechos de los descendientes que efectivamente necesitan esa mejora.

### **Protección a los descendientes menores**

Se podría entonces mantener la cuarta de mejoras siempre que la misma esté limitada a la existencia de descendientes menores de edad y se podría hacer extensiva a aquellos que se encuentren cursando algún tipo de estudio que les imposibilite ejercer actividades laborales, podríamos ayudarnos en este caso de las limitaciones de edad establecidas en el Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, de esta forma serían beneficiarios los menores de 18 años y si se encuentran estudiando hasta que cumplan 21 años.

### **Protección a los descendientes discapacitados**

De igual forma consideramos pertinente la existencia de la mejora para los descendientes que tengan algún tipo de discapacidad, en este caso la mejora cumpliría su función ya que los beneficiarios serían aquellos descendientes que se encuentren en un estado de invalidez o que tengan algún tipo de enfermedad que no les permita desarrollarse por sí mismos, ellos evidentemente requieren la protección de la mejora.

En este sentido Victorio Magariños sostiene:

La obligación de alimentos no puede quedar al albur de las vicisitudes de los hijos durante toda su vida. Sin embargo, si durante la vida del padre o madre fallecidos algún hijo hubiere quedado discapacitado, y éste convivía con él, que atendía sus necesidades, el progenitor en tal caso no puede desentenderse de su minusvalía, privándole de toda participación en la herencia, dejándole en manos de la asistencia pública. (p.1)

Consecuentemente creemos que frente a cualquier eventual reforma del sistema sucesorio, el derecho a la herencia de las personas con discapacidad debe implicar una consideración primordial, como ya lo han hecho otras legislaciones.

Como ya fue materia de estudio, en Argentina está regulada la mejora en favor del heredero con discapacidad, así lo prevé el Art. 2448 del Código Civil Argentino mismo que indica: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad”. Así, teniendo como base el principio de solidaridad familiar, que debe imperar entre los coherederos en este caso, se le permite al causante que pueda utilizar hasta un tercio de las legítimas de los otros herederos para gravarla como mejora de los herederos con discapacidad. Lo que se busca en definitiva es proteger a ese heredero que se encuentra en mayor grado de vulnerabilidad.

En la legislación Cubana podemos encontrar protección vía sucesoria a los herederos con discapacidad, en efecto el Art. 492.1 del Código Civil de Cuba establece que: “la libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos” estos herederos especialmente protegidos son aquellos que no están aptos para trabajar y que dependen económicamente del causante, aun cuando no se establezca de manera directa, es posible, aplicando este artículo proteger a los herederos con discapacidad.

De igual forma el Art. 808 del Código Civil Español manifiesta que: “Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.” En España existe entonces una gran protección a los herederos

discapacitados, mismos que pueden llegar a beneficiarse de casi la totalidad de la herencia como fiduciarios, esto debido a que, en principio este gravamen se impone sobre la legítima estricta, y además respecto de la mejora y la porción de libre disposición siempre ha podido establecerse gravámenes.

En la actualidad, podemos encontrar que en el derecho comparado existe, con algunos matices, una marcada tendencia a proteger a los herederos con discapacidad, ya que no se ve razón para mantener dicha protección en favor de personas que no la requieren.

## **3.2 La porción conyugal**

### **3.2.1 Concepto**

A prima facie el Código Civil nos trae un concepto bastante sencillo de lo que se debe entender por porción conyugal así el Art. 1196 indica “Porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación”.

Sin embargo un análisis más detallado nos demostrará que, como indica Hernán Coello García (2002), en nuestro ordenamiento jurídico existe en realidad una verdadera confusión de criterios respecto de esta institución. Criterio que es compartido por Pedro Lafont Pianetta (1979) al sostener que: “Sin embargo, el legislador no fue muy afortunado en esta definición (de porción conyugal) como ocurre cuando trata de hacerlo, por cuanto en ella se han consagrado ciertas expresiones que crean confusión sobre el alcance y naturaleza de esta institución” (p.380).

### **3.2.2 La porción conyugal como asignación forzosa**

Al indicar el Código Civil que la porción conyugal es una asignación forzosa, ésta debería presentarse uniformemente en todas las sucesiones testadas, sin embargo, la realidad nos demuestra que la porción conyugal como asignación forzosa se convierte en letra muerta, no se presenta en la mayoría de los casos, sino aparece únicamente como una excepción, esto se debe a su definición, cuando se indica que la porción conyugal es para el cónyuge que carece de lo necesario para su *congrua sustentación*.

Esta última parte de la definición, en palabras de Guillermo Bossano (1978) “viene a ser el apéndice artificial que desvirtúa la esencia de la institución” (p.28). Y es precisamente esta parte la que ocasiona problemas que serán analizados a continuación.

Para empezar, en base al criterio dado por el Código Civil, la corriente clásica tiende a afirmar que la porción conyugal tiene una naturaleza jurídica alimenticia así lo manifiestan varios autores, entre ellos:

Aguirre Vargas (1921), para él: “la causa misma de las asignaciones forzosas, es la de proveer a la subsistencia del asignatario de un modo que más o menos holgadamente le habilite para subsistir” (p.571).

De forma análoga José Clemente Fabres (1882) indicaba que:

La porción conyugal era por naturaleza una asignación alimenticia, ya que ley la destina precisamente a procurar al cónyuge asignatario los recursos necesarios para su congrua sustentación y como este mismo es el objeto que la ley asigna a los alimentos congruos, es forzoso concluir que la porción conyugal es por su naturaleza alimenticia.  
(p.327)

A criterio de Clemente Fabres la porción conyugal era entonces una asignación alimenticia, la especie dentro del género de los alimentos. A pesar de que Clemente Fabres había elaborado un extenso catálogo con diferencias entre la porción conyugal y el derecho de alimentos, éstas no servían si no para ahondar en la relación género –

especie que a su criterio existía entre estas instituciones, ya que dichas diferencias eran únicamente de forma y no de fondo.

Igual criterio tenía Fernando Vélez (1909) mismo que sostenía: “la porción conyugal es una especie de pensión alimenticia entregada en forma global al cónyuge sobreviviente” (p.384).

Roberto Suárez Franco (1999) por su parte manifestaba, respecto de la naturaleza de la porción conyugal que: “La porción conyugal es una prestación *sui generis*, de carácter alimentario e indemnizatorio, establecida por la ley en favor del viudo o viuda que carece de lo necesario para atender a su congrua subsistencia” (p.292).

Valencia Zea (1949) de igual forma argumentaba que: “En estricta verdad, el concepto de Bello sobre porción conyugal fue el de que debía tener un carácter de pensión alimenticia” (p.272).

Contrario a estos criterios Luis Claro Solar (1979) por su parte expresaba que:

La expresión de que la ley se sirve al definir la porción conyugal, diciendo que *es la parte del patrimonio del difunto que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación*, es la que hace creer que con el nombre de porción conyugal el legislador ha venido a establecer una nueva clase de alimentos entre cónyuges a más de los alimentos congruos que le otorga en su solo carácter de tal, dada la similitud aparente entre alimentos congruos y congrua sustentación; pero estas expresiones no expresan precisamente la misma idea; no son necesariamente sinónimas. (p.281)

Claro Solar había encontrado varias diferencias entre porción conyugal y alimentos, a fin de sustentar su teoría:

1. La porción conyugal sólo se debe a la muerte del causante; los alimentos se deben en vida y por causa de muerte.



2. El derecho a porción conyugal no se pierde por la adquisición posterior de bienes, siendo que los alimentos se deben mientras subsistan las condiciones que le dieron origen, y son esencialmente variables.
3. La porción conyugal es una cuantía fija de los bienes, mientras es el juez, quien debe fijar la cuantía de los alimentos.
4. La porción conyugal es siempre de cuantía superior a los alimentos y se paga de una vez; los alimentos no son sino una mesada periódica para subsistir modestamente o de un modo correspondiente a su posición social. (p.290)

Pinochet Contreras (1926) de igual da a conocer que:

La porción conyugal dista mucho de ser una asignación alimenticia por sus caracteres y por sus efectos. Ideada, en cuanto a su forma, a semejanza de la cuarta marital de la antigua legislación española y que era esencialmente alimenticia, el creador de la porción conyugal se apartó del criterio con que fue concebida la asignación española e ideó un sistema que resguarda con mucha mayor eficacia los intereses del cónyuge sobreviviente, a quien el difunto estuvo ligado por el más fuerte de los vínculos. (p. 13)

Alarcón-Palacio, Yadira Elena & Gómez-Neira, Juan José (2015) ratifican estas ideas:

La porción conyugal o convivencial responde a una naturaleza sucesoral y así se demuestra con su propio enclave dentro de la sistemática del Código Civil, de modo que considerar esta institución de naturaleza alimentaria no produce más que una desvirtuación de la misma. La porción conyugal no responde a una naturaleza alimentaria, ya que no le son de aplicación los caracteres propios de las obligaciones alimentarias. En consecuencia, será necesario proceder a deslindar esta institución de forma definitiva frente a las instituciones de carácter alimentario. (p.100)

Como se ha analizado la naturaleza jurídica de la porción conyugal es una cuestión que se ha prestado a fuertes debates y es que por haber definido el Código Civil a la porción conyugal como la cuota que le corresponde al *cónyuge que carece de lo necesario para su congrua sustentación*, una parte de la doctrina sostiene que la misma tiene naturaleza alimentaria, en tanto que otra parte de la doctrina manifiesta que la naturaleza jurídica de la porción conyugal es sucesoria.

Si bien podemos ver que si existen diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, y por lo mismo ambas son independientes, la realidad nos demuestra que efectivamente este carácter alimenticio está presente en la porción conyugal, ya que el cónyuge sobreviviente únicamente tendrá derecho a la misma cuando no tenga bienes o éstos sean escasos.

Pero el hecho de que el cónyuge supérstite carezca de bienes es excepcional, la realidad social de nuestro país nos demuestra que, en la generalidad de los casos cuando las personas contraen matrimonio ambos cónyuges crean un patrimonio, mismo que no le pertenece exclusivamente ni al marido ni a la mujer, sino le pertenece a la sociedad conyugal. Generalmente si uno de los cónyuges llegare a fallecer, se produce la liquidación de esta sociedad, correspondiéndole al cónyuge supérstite la mitad por concepto de gananciales, mismos que de manera general serán superiores al acervo líquido tentativo del causante y si a partir de dicho valor calculamos la porción conyugal la diferencia será aún mayor.

En conclusión, a pesar de que el Código Civil establece como primera asignación forzosa a la porción conyugal, y por ende la misma debería realizarse de forma imperativa, debido a la modalidad restrictiva introducida en la definición de la misma, vemos que ésta asignación forzosa no se presenta de manera uniforme, y si lo hace, aparece en contados casos y circunscritos únicamente a la porción conyugal de complemento.

Considerando que a través de esta investigación se busca sustentar las bases de una eventual reforma de las asignaciones forzosas tendientes a ampliar la libertad de testar, y a la luz de las consideraciones expuestas, los diferentes criterios de interpretación y su escasa o nula utilización en la práctica, se considera que es conveniente una reforma de la porción conyugal.

### **Propuesta de reforma parcial: modificar la porción conyugal**

A fin de que la porción conyugal cumpla su finalidad como auténtica asignación forzosa, y evitar los conflictos mencionados anteriormente, sería pertinente que se modifique su definición eliminando su carácter alimenticio, reflejado en su última parte, para definir que la porción conyugal es simplemente: *la cuarta parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente.*

### **Propuesta de reforma total: eliminar la porción conyugal**

Como sostiene, Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila (1990):

Pocas instituciones en nuestro derecho sucesorio y aún de nuestro código civil han dado lugar a debate doctrinario tan arduo como la porción conyugal y su forma de cálculo. Disposiciones poco claras, imaginación doctrinaria, búsqueda de originalidad, juegos exegéticos y de interpretación literal se han dado cita para producir una abundancia de cuestiones debatidas que nada justifica. Desde luego, no la justifica el interés de la institución. La porción conyugal tiene escasa aplicación práctica y resulta por lo mismo difícil de entender como mentes privilegiadas y sabios doctrinadores le hayan podido dedicar tanto espacio y paciencia que, seguramente, habrían estado mejor

empleados en la búsqueda de una nueva formulación de los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente. (p.247)

Creemos acertado el criterio de los mencionados autores, en tanto se debería eliminar la porción conyugal, pero al mismo tiempo buscar la manera de garantizar los derechos sucesorios del cónyuge supérstite de otras maneras, para el efecto podríamos seguir el ejemplo de Chile.

A través de la ley 19.585 promulgada el 26 de octubre de 1998 Chile derogó la institución de la porción conyugal al considerarla una institución compleja y artificiosa que, en los términos que estaba concebida, y con ocasión de las sucesivas modificaciones que se habían venido introduciendo en el régimen matrimonial, resultaba tener poca o ninguna aplicación práctica.

Sin embargo, a efectos de garantizar los derechos del cónyuge supérstite el mismo se instituyó como legitimario, cambiando y mejorando radicalmente su situación puesto que se transforma en heredero del causante con todos sus derechos y obligaciones.

## **CONCLUSIONES**

Lo expuesto a lo largo de esta investigación nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

En cuanto al sistema sucesorio ecuatoriano, alcances y limitaciones, podemos observar que en el Ecuador se ha establecido un sistema sucesorio de limitación a la libertad de testar a través de la incorporación de las asignaciones forzosas, mismas que según lo que establece el Código Civil son: la porción conyugal, la cuarta de mejoras y las legítimas,

estas asignaciones forzosas abarcan tres cuartas partes del patrimonio del causante, es decir el causante al disponer de sus bienes mediante acto testamentario únicamente va a poder disponer libremente de una cuarta parte de los mismos. Lo cual nos lleve a analizar si existen razones que justifiquen una reforma de las asignaciones forzosas, con el fin de ampliar la libertad de testar del causante.

En cuanto a la necesidad de reformar el sistema de asignaciones forzosas para alcanzar una mayor libertad de testar, se observa que la restricción a la libertad de testar ha sido objeto de fuertes críticas a lo largo de la historia, autores como Claro Solar, Domínguez Águila, Pablo Rodríguez, Hernán Corral, María Sara Rodríguez, entre los que podemos mencionar coinciden de manera unánime en que es conveniente reformar las asignaciones forzosas a fin de ampliar la libertad de testar; en lo que sí existe divergencia es cuanto a la forma de alcanzar este fin, algunos proponen eliminar la cuarta de mejoras o eliminar las legítimas, en cuanto que otros proponen mantener las asignaciones forzosas pero modificando el fundamento de las mismas es decir que las asignaciones forzosas sean en favor de personas que efectivamente lo necesiten. Por lo mismo, coincidimos con este último criterio y creemos que las reformas pertinentes no deben tender a lograr una la libertad de testar absoluta y sin restricciones, sino más bien deben enfocarse en garantizar este derecho a quienes efectivamente lo necesitan.

Sobre la viabilidad de una eventual reforma de las asignaciones forzosas, consideramos que, en base a la investigación realizada y las conclusiones de la misma, efectivamente a fin de alcanzar mayor libertad de testar es necesaria una reforma de las asignaciones forzosas.

Respecto de las mejoras, cambiar su fundamentación y que las mismas se destinen en favor de personas que efectivamente lo necesitan como descendientes menores de edad o con alguna discapacidad.

Y en cuanto a la porción conyugal, consideramos pertinente su eliminación, pero instituyendo al cónyuge supérstite como legitimario, a fin de garantizar sus derechos de una forma efectiva.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Alarcón Palacio, Y., & Gómez Neira, J. (2015). *La naturaleza no alimentaria de la porción conyugal o convivencial en Colombia*. Vniversitas.

Barría Paredes, M. (2013). *Las asignaciones forzosas en Chile. Su estado actual y una posible revisión*. Santiago de Chile.

Bello, A. (1955). *Código Civil de la República de Chile*. Chile.

Bello, A. (1973). *Código Civil de la República de Chile*. Caracas.

- Bossano, G. (1978). *Manual de Derecho Sucesorio*. Quito: Editorial Universitaria.
- Chaneton, A. (1969). *Historia de Vélez Sarsfield*. Buenos Aires: Eudeba.
- Claro Solar, L. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Chile: Editorial Juridica de Chile.
- Código Civil*. (2017). Editora Nacional.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Montecristi.
- Contreras, P. (1926). *Asignaciones Forzosas: Porción Conyugal*.
- Corral, H. (28 de Septiembre de 2008). Por la democratización del testamento. *Diario El Mercurio*, pág. 10.
- Corral, H. (14 de Febrero de 2011). *Derecho y Academia*. Recuperado el 10 de Octubre de 2018, de <https://corraltalciani.wordpress.com/2011/02/14/derecho-sucesorio-%C2%BFeliminar-o-mejorar-la-mejora/>
- Cortés, H. (2009). *La culpa contractual en el sistema jurídico Latinoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Colombia.
- Domínguez Águila, R. (2007). *Principios del derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual*. Chile: Revista de derecho, Universidad de Concepción.
- Elorriga de Bonis, F. (2010). *Derecho Sucesorio*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- (2009). *Empresas familiares en el Ecuador*. Quito: Seminarium Ecuador.
- Fabres, J. (1863). *Instituciones de Derecho Civil Chileno*. Chile: Imprenta del Universo de Helfmann.
- Fabres, J. (1882). *Jurisprudencia: la porción conyugal según el Código civil chileno*. . Anales de la Universidad de Chile.
- Ferrara, F. (2017). *La simulación de los negocios jurídicos*. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

- García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Madrid.*
- Greco, R. (1975). *Aspectos económicos-financieros de la seguridad social.* Córdoba.
- Guerra San José, A. (2004). *El proceso de sucesión en la empresa familiar.* Ediciones Deusto - Planeta de Agostini Profesional y Formación S.L. .
- Humeres Arévalo, H. (2009). *Derecho del trabajo y de la seguridad social.* Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Lafont Pianetta, P. (1979). *Teoría del Derecho sucesorial.* Colombia: Ediciones librería del profesional.
- Magariños, V. (s.f.). *Asociación para el Diálogo.* Recuperado el 11 de Noviembre de 2018, de <http://asociacionparaeldialogo.es/index.php/interes/item/10-analisis-de-la-libertad-de-testar>
- Martínez Paz, E. (1927). *Freitas y su influencia sobre el Código civil argentino.* Córdoba.
- Martinic Galetovic, M. (2005). *Las asignaciones forzosas y la libertad de testar en el derecho chileno.* Chile: Lexis Nexis.
- Nieto, C. (2016). *La intervención comparada con menores en desprotección y en conflicto con la ley en diferentes países.* Madrid: Editorial DYKINSON.
- Ortuzar Santa María, Á. (1996). “Algunas reflexiones sobre familia, empresa y sucesión”. *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri,*, 302.
- Pérez Gallardo, L. (s.f.). *A propósito de la mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina: un intento de deshilar la madej.* Revista de Derecho de Familia y Personas.
- Portalís, J.-E. (1978). *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil Francés.* Valparaíso.



- Puig, F. (1963). *Tratado de derecho civil español - Sucesiones*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Rodríguez Grez, P. (2003). *La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, de 1999*. Chile: Revista Actualidad Jurídica.
- Rodríguez Pinto, M. (2010). CONTRACCION DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS. UNA REFORMA URGENTE AL SISTEMA SUCESORIO CHILENO. *Después de Derecho de familia, las reformas pendientes: DERECHO SUCESORIO Y HERENCIAS. CHILE*.
- Rozas Vial, F. (1998). *Los Bienes*. Chile: Editorial Juridica Conosur.
- Silva, N. (2006). *Historia do Direito Portugues*. Lisboa.
- Solo un 2% de empresas familiares en el país tiene plan de sucesión. (05 de Junio de 2018). *El Telegrafo*, pág. 1.
- Somarriva, M. (2012). *Derecho Sucesorio. Tomos I y II*. (V. R. Abeliuk, Ed.) Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tobeñas, C. (1977). *Derecho civil español, común y foral*. España.
- Valencia Zea, A. (1970). *Derecho Civil*. Bogota: Editorial Temis Bogota.
- Valladao, H. (1960). *Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo*. Río de Janeiro.
- Valladao, H. (1974). *Direito internacional privado*. Río de Janeiro.
- Valladao, H. (s.f.). *Teixeira de Freitas, jurista excelso del Brasil, de América, del mundo*. Rio de Janeiro.
- Vélez, F. (1909). *Esudios sobre el derecho civil colombiano*. Medellín: Imprenta París - América.