

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**"EL DISCERNIMIENTO DEL CARGO DE ALBACEA  
DENTRO DEL PROCESO SUCESORIO**

TESIS

*Presentada a la Honorable Junta Directiva de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala.*

POR

**OSCAR ARMANDO MEJIA SAMAYOA**

Previo a conferírsele el Grado Académico de:

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

y a los Efectos de:

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, mayo de 1998

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

04  
7(3379)  
34

JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

|            |                                    |
|------------|------------------------------------|
| DECANO     | Lic. José Francisco de Mata Vela   |
| VOCAL I    | Lic. Saulo De León Estrada         |
| VOCAL II   | Lic. José Roberto Mena Izeppi      |
| VOCAL III  | Lic. William René Méndez           |
| VOCAL IV   | Ing. José Samuel Pereda Saca       |
| VOCAL V    | Hr. José Francisco Peláez Cordón   |
| SECRETARIO | Lic. Héctor Anibal de León Velasco |

TRIBUNAL QUE PRACTICO  
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

PRIMERA FASE:

|             |                                   |
|-------------|-----------------------------------|
| Presidente: | Lic. Edgar Mauricio García Rivera |
| Vocal:      | Lic. Axel Hernan Meridas Serrano  |
| Secretario: | Lic. Otto Marroquin Guerra        |

SEGUNDA FASE:

|             |   |
|-------------|---|
| Presidente: | Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt |
| Vocal:      | Lic. Héctor Aqueche Juárez              |
| Secretario: | Lic. Cesar Rolando Solares Salazar      |

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

**BUFETE ASOCIADO**  
**Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt**  
**ABOGADO Y NOTARIO**



18/3/98  
Epm

855-98

Guatemala,  
18 de marzo de 1998.

Lic. José Francisco de Mata Vela,  
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Sociales,  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria.

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
**SECRETARIA**

18 MAR. 1998

**RECIBIDO**  
Horas: 25 minutos  
Oficial: [Signature]

Señor Decano:

De manera atenta y respetuosa me dirijo a usted, haciendo referencia a la providencia de fecha dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, en ella se me notifica el nombramiento como asesor de tesis del Bachiller OSCAR ARMANDO MENTIA SAAVEDRA, en el trabajo intitulado "EL DISCRIMINAMIENTO DEL CARGO DE ABACERA DENTRO DEL PROCESO SUCESORIO".

Se recomendó al Bachiller OSCAR ARMANDO MENTIA SAAVEDRA, realizar algunas modificaciones y ampliaciones al trabajo referido, las que fueron atendidas, razón por la cual OPINO, que el presente trabajo de tesis, satisface los requisitos correspondientes para ser sometido al proceso de revisión.

Atentamente,

Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt  
Asesor de Tesis

"En el momento de escribirse"

U.C. archive  
**PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**  
**Biblioteca Central**

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



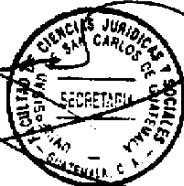
FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

Centro Universitario, Zona 13  
Callejón, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:  
Guatemala, veinte de marzo de mil novecientos noventa y  
ocho.-----

Atentamente, pase al LIC. JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ, para  
que proceda a Revisar el Trabajo de Tesis del Bachiller:  
OSCAR ARMANDO MEJIA SAMAYOA y en su oportunidad emita el  
dictamen correspondiente.-----





999-95

Guatemala, 7 de abril de 1998

Cañor Decano  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la Universidad de San Carlos de Guatemala  
Licenciado José Francisco de Mata Velasco  
en Despacho.

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
SECRETARIA

31 MAR 1998

RECIBIDO  
Hora: 10:20  
Oficial: [Firma]

Cañor Decano:

Con fundamento en providencia de ese Decanato, he revisado el trabajo de tesis del Bachiller OSCAR ABANCO MORA SANCHEZ, intitulado "EL PROCEJIMIENTO DEL CASO DE VIOLENCIA DOMESTICA DEL PROSECUTOR SUCESORIO", y en razón de haber concluido dicha labor me permito informarle lo siguiente:

- a) Que comparto el criterio emitido por el Consejero de Tesis Licenciado Carlos Humberto Vancio Bethancourt, y por tal circunstancia considero que el trabajo en mención puede ser materia de discusión en el examen público de rigor.
- b) Esta ocasión es propicia para saludar respetuosamente al Cañor Decano,

Lic. Juan Francisco Flores Juárez  
Procurador de Justicia

C.C.  
c.c. Archivo



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 18  
Guatemala, Guatemala

*[Handwritten signature]*

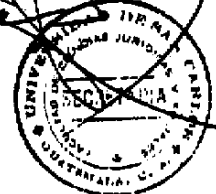
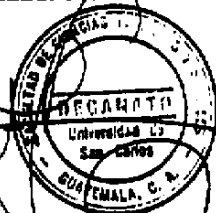
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;  
Guatemala, primero de abril de mil novecientos noventa y  
ocho.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la  
Impresión del trabajo de Tesis del Bachiller OSCAR ARMANDO  
MEJIA SAMAYOA intitulado "EL DISCERNIMIENTO DEL CARGO DE  
ALBACRA DENTRO DEL PROCESO SUCESORIO". Artículo 22 del  
Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de  
Tesis.-----

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*



DEDICO ESTE ACTO A:

DIOS  
LA SANTISIMA VIRGEN MARIA  
LA GLORIOSA Y TRICENTENARIA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Mi Padre: CARLOS MEJIA  
Mi Madre: BERTHA SAMAYOA  
PIEDRA ANGULAR BASE DE MI SUPERACIÓN,  
EJEMPLO DE MUJER IDEAL.

A Mis Hermanos:  
ING. JOSE ANTONIO, DRA. ZOILA RUTILIA, DR. CARLOS RENE, CHIQUI,  
SILVIA, ING. MARCOS RIGOBERTO, DORA LUZ, ING. ANGEL GABRIEL, P.C.  
MAX MOISES MEJIA SAMAYOA.

A Mis Cuñados:  
ING. MARIO AMEZQUITA, DRA. MICHELINE MORY DE MEJIA, PATRICIA AQUINO  
DE MEJIA, LIC. VLADIMIR AGUILAR, LISBETH EDELMAN DE MEJIA, OTTO  
VARGAS.

A Mis Sobrinos:  
CLAUDIA MARIA, MARIO AUGUSTO, MARIA DE LOS ANGELES, SULY, WENDY  
PAOLA, VERONICA, RUTH VIRGINIA, JOSE DAVID, GABRIEL, RENE JAVIER,  
MONICA GABRIELA, JOSE PABLO, JUAN DIEGO, MARIA LOURDES, MARCOS  
ROBERTO, GABRIEL, MARIA CECILIA, SILVIA MARIA, MARIA MERCEDES,  
DULCE MARIA, JOSE GUILLERMO.

A Mis Familiares Todos  
EN ESPECIAL A NERY SAMAYOA -QEPD- Y BYRON SAMAYOA.

A Mis Amigos En General  
ESPECIALMENTE LIC. JAIME LEONEL ESPINOZA MENDEZ

## INDICE

### CAPITULO PRIMERO

#### DERECHO DE SUCESIÓN

|  |    |
|--|----|
| A. DEFINICIÓN.....   | 01 |
| B. TEORÍAS.....  | 01 |
| B.1 OBJETIVA.....  | 02 |
| B.1.1 ADQUISICIÓN DE UNA UNIVERSITAS IURAS.....                              | 02 |
| B.1.2 ADQUISICIÓN DE UNA TOTALIDAD O SUMA DE BIENES.....                     | 02 |
| B.2 SUBJETIVA.....   | 02 |
| B.2.1 DE LA IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA DEL DIFUNTO<br>CON EL HEREDERO..... | 03 |
| B.2.2 DE LA CONTINUACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL DIFUNTO.....                 | 03 |
| B.2.3 DE LA REPRESENTACIÓN.....  | 03 |
| B.3 INTERMEDIA.....  | 03 |
| C. PRESUPUESTOS.....   | 03 |
| C.1 LA MUERTE DEL CAUSANTE O AUTOR DE LA MUERTE.....                         | 04 |
| C.2 CAPACIDAD POR PARTE DEL HEREDERO.....                                    | 04 |
| C.3 QUE EL HEREDERO NO SEA INDIGNO.....                                      | 04 |

### CAPITULO SEGUNDO

#### CLASES DE SUCESIÓN

|  |    |
|--|----|
| A. SUCESIÓN TESTAMENTARIA.....                 | 06 |
| A.1 TESTAMENTO.....                            | 07 |
| A.1.1 CARACTERÍSTICAS.....                     | 08 |
| A.1.1.1 ES PERSONALÍSIMO.....                  | 08 |
| A.1.1.2 ES SOLEMNE.....                        | 08 |
| A.1.1.3 ES UN NEGOCIO JURÍDICO UNILATERAL..... | 08 |

---



|   |    |
|---|----|
| A.1.1.4 ES REVOCABLE.....               | 10 |
| A.1.1.5 ES UN ACTO LIBRE.....           | 10 |
| A.2. CLASIFICACIÓN DE TESTAMENTO.....   | 10 |
| A.2.1 TESTAMENTO ABIERTO.....           | 10 |
| A.2.1.1 CARACTERISTICAS.....            | 11 |
| A.2.1.2 SOLEMNIDADES.....               | 11 |
| A.2.2 TESTAMENTO CERRADO.....           | 11 |
| A.2.2.1 CARACTERISTICAS.....            | 14 |
| A.2.2.2 SOLEMNIDADES.....               | 14 |
| A.2.3 TESTAMENTOS ESPECIALES.....       | 15 |
| B. SUCESIÓN INTESTADA.....              | 17 |
| B.1 CARACTERISTICAS.....                | 18 |
| B.1.1 ES UNA SUCESIÓN UNIVERSAL.....    | 18 |
| B.1.2 ES ESTABLECIDA POR LA LEY.....    | 18 |
| B.1.3 ES SUPLETORIA.....                | 19 |
| B.2 CASOS EN QUE TIENE LUGAR.....       | 19 |
| B.3 ORDEN DE LA SUCESIÓN INTESTADA..... | 20 |
| B.4 HERENCIA YACENTE.....               | 21 |
| B.5 HERENCIA VACANTE.....               | 21 |

### CAPITULO TERCERO

#### ALBACEA

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| A. DEFINICIÓN.....                    | 23 |
| B. CLASIFICACIÓN.....                 | 24 |
| C. CARACTERISTICAS.....               | 25 |
| C.1 ES UN CARGO TESTAMENTARIO.....    | 25 |
| C.2 ES PERSONALISMO Y VOLUNTARIO..... | 25 |

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| C.3 ES UN CARGO REMUNERADO..... | 26 |
| C.4 ES TEMPORAL.....            | 26 |
| D. FACULTADES.....              | 28 |
| E. PLAZO.....                   | 30 |
| F. EXTINCIÓN.....               | 30 |

## CAPITULO CUARTO

### PROCESO

|   |    |
|---|----|
| A. DEFINICIÓN.....  | 32 |
| A.1 CLASIFICACIÓN.....                                    | 33 |
| A.1.1 ATENDIENDO A LA MATERIA.....                        | 34 |
| A.1.1.1 PROCESO CIVIL.....                                | 34 |
| A.1.1.2 PROCESO PENAL.....                                | 34 |
| A.1.1.3 PROCESO ADMINISTRATIVO.....                       | 34 |
| A.1.1.4 PROCESO LABORAL.....                              | 34 |
| A.2 PROCESO SUCESORIO.....                                | 34 |
| A.2.1 CLASIFICACIÓN.....                                  | 35 |
| A.2.1.1 PROCESO SUCESORIO TESTAMENTARIO.....              | 35 |
| A.2.1.2 PROCESO SUCESORIO INTESTADO.....                  | 39 |
| A.2.1.3 PROCESO SUCESORIO EXTRAJUDICIAL.....              | 42 |
| A.2.1.4 PROCESO SUCESORIO JUDICIAL.....                   | 48 |
| A.2.2 FASES DEL PROCESO SUCESORIO.....                    | 49 |
| A.2.2.1 DEL PROCESO SUCESORIO JUDICIAL TESTAMENTARIO..... | 49 |
| A.2.2.2 DEL PROCESO SUCESORIO JUDICIAL INTESTADO.....     | 51 |
| A.2.2.3 DEL PROCESO EXTRAJUDICIAL TESTAMENTARIO.....      | 52 |
| A.2.2.4 DEL PROCESO EXTRAJUDICIAL INTESTADO.....          | 55 |

---

|   |    |
|---|----|
| B. DISCERNIMIENTO.....  | 58 |
| B.1 DEFINICIÓN.....   | 58 |
| C. LAGUNA DE LEY.....   | 58 |
| C.1 DEFINICIÓN.....   | 58 |
| C.2 LAGUNA DE LEY EXISTENTE DENTRO DEL PROCESO SUCESORIO..... | 61 |
| CONCLUSIONES.....   | 67 |
| RECOMENDACIONES.....  | 68 |
| BIBLIOGRAFÍA.....   | 70 |

## INTRODUCCIÓN

El Albacea o ejecutor testamentario es una acepción jurídica muy importante dentro del derecho sucesorio pues corresponde a éste administrar la mortual y ejecutar las disposiciones testamentarias del De Cuius, sin embargo dentro de las sucesiones extrajudiciales por no existir litis, la ausencia de un administrador de la masa hereditaria no causa problema alguno, porque la ley faculta al Notario para que dé posesión provisional de la misma a los presuntos herederos, como lo establece el artículo 491 del Código Procesal Civil y Mercantil párrafo segundo que al respecto indica, "por mayoría, podrá decidirse la forma de administrar la herencia, mientras se hace la partición; y el notario hará constar lo que quede en posesión de cada uno", sin embargo si la sucesión se declarara contenciosa o sea litigiosa, sí deberá nombrarse albacea, pero al no estar regulada la obligación de nombrar albacea, en la práctica también nombran un administrador de la herencia, lo cual sería improcedente, pues la función del albacea es mas extensa que la del administrador y se adecúa a la realidad y necesidad dentro del proceso sucesorio.

Atendiendo a la ausencia de normas jurídicas adjetivas que regulen lo relativo al discernimiento del cargo del Albacea o ejecutor testamentario, existe una laguna de ley susceptible de ser analizada pues no indica la forma ni el momento procesal específico de discernir el cargo de éste por lo que supletoriamente se aplica el artículo 33 del Código Procesal

Civil y Mercantil, solicitando al Juez competente otorgar el discernimiento del cargo de Albacea o Administrador de la herencia en su caso, pero este procedimiento es supletorio, por lo que se necesita determinar o legislar de manera expresa el momento y la forma de discernir el cargo de tan importante función como lo es el albaceazgo dentro de la sucesión Mortis Causa, pues solamente a través del discernimiento legal queda facultado al albacea para ejercitar sus derechos y obligaciones inherentes al cargo, mismo que es obligatorio para toda clase de albacea ya sea testamentario, judicial o mancomunado como lo veremos mas adelante cuando estudiemos su clasificación.

Dentro de los procesos sucesorios es necesario que se nombre un albacea, porque ya que con ello se garantiza que los frutos civiles de la mortual y los bienes que la conforman, serán entregados a sus herederos o legatarios, lo cual se determinará con el auto declaratorio de herederos que deberá indicar quienes tienen dicha calidad, y en qué cantidad y forma deben suceder los bienes, derechos y obligaciones del causante, evitando problemas legales en cuanto a la rendición de cuentas que debe presentar el Albacea, porque será una sola rendición de cuentas para todos los sucesores de la masa hereditaria, por lo anterior es imperativo legislar el discernimiento del albacea para legitimar su cargo.

CAPITULO PRIMERO  
DERECHO DE SUCESIÓN

A. DEFINICIÓN

Derecho hereditario o derecho de sucesiones por causa de muerte, es el conjunto de normas que regulan la sucesión en relaciones jurídico-privadas, transmisibles de que era titular una persona ya fallecida.

El código Civil Argentino define la sucesión de la manera siguiente: "Es la transmisión de derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla"<sup>1</sup> definición que se adecúa a la sucesión Mortis Causa.

Savigni citado por Guillermo Cabanellas habla de esta corriente al decir que sucesión es "El cambio meramente subjetivo de una relación jurídica en que se comprende la sucesión entre vivos como la Mortis Causa"<sup>2</sup>

B. TEORÍAS

Para referirnos a la acepción jurídica SUCESIÓN es necesario hacer referencia a las teorías existentes para la misma a saber:

---

<sup>1</sup> Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV. Ed. Heliasta, pág. 142

<sup>2</sup> Idem. Pág. 42

## B.1. OBJETIVA

Llamada también moderna consideran al heredero como un sucesor en los bienes del causante y ésta se subdivide en:

### B.1.1. TEORÍA DE LA ADQUISICIÓN DE UNA UNIVERSITAS JURIS

Indica que la sucesión constituye una universalidad o sea un complejo unitario y orgánico de relaciones jurídicas activas y pasivas en conexión entre ellas e inseparables, mas que todo al hablarse de universalidad de derechos debe entenderse como la totalidad de derechos indeterminados.

### B.1.2. TEORÍA DE LA ADQUISICIÓN DE UNA TOTALIDAD O SUMA DE LOS BIENES.

En esta teoría se dice que el heredero no es hoy el que venga designado como tal por el testador o la ley, sino aquel que el testador o la ley atribuyen la universalidad o una cuota de los bienes del difunto, o sea que la adquisición de los bienes no deriva de la cualidad de heredero sino que de la adquisición de todos o una parte de los bienes.

## B.2. SUBJETIVA

Explica el fenómeno hereditario ligado a la persona del causante identificando al heredero con el causante o como una continuación de la personalidad del causante de la siguiente forma:

### B.2.1. TEORÍA DE LA IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA DEL DIFUNTO CON EL HEREDERO

Que considera que la personalidad del difunto se transmite al heredero formando una sola persona.

### B.2.2. TEORÍA DE LA CONTINUACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL DIFUNTO

Esta teoría considera que el heredero continúa la personalidad jurídica del difunto.

### B.2.3. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN

De acuerdo a ésta teoría el heredero actúa como representante del difunto.

### B.3. INTERMEDIA

Las teorías intermedias, que tratan de conciliar las dos anteriores es explicada por Castan Tobeñas diciendo: "la herencia se presenta como la continuación o sucesión por modo unitario en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídico-patrimoniales activas y pasivas de un sujeto fallecido que no se extinguen por su muerte, sucesión que produce también ciertas consecuencias de carácter extrapatrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en determinados aspectos."<sup>3</sup>

### C. PRESUPUESTOS.

---

<sup>3</sup> Castan Tobeñas Derecho Civil Español. Tomo VI, Pág. 80



Son condiciones necesarias que deben producirse para que tenga lugar el fenómeno de la sucesión, fundamentalmente son tres:

#### C.1. LA MUERTE DEL CAUSANTE O AUTOR DE LA HERENCIA

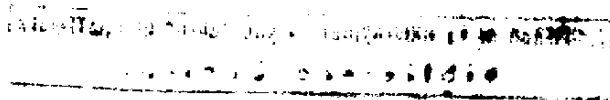
Esta es una condición o presupuesto necesario y fundamental, por cuanto que es lo determinante de la apertura de la herencia y opera la transmisión de la propiedad y posesión de los bienes a los herederos y legatarios.

#### C.2. CAPACIDAD POR PARTE DEL HEREDERO

La capacidad es la facultad que tiene la persona de ejercitar o gozar los derechos y obligaciones que las relaciones jurídico-civiles demandan, por lo cual es necesario que el heredero goce de capacidad de Goce o capacidad de ejercicio según sea el caso, siendo ésta un presupuesto imperativo para realizar la sucesión.

#### C.3. QUE EL HEREDERO NO SEA INDIGNO

La capacidad y la indignidad del heredero se regula en nuestra legislación en el artículo 924 del Código Civil el cual indica: "(Incapacidades para heredar por indignidad) Son incapaces para suceder como herederos o legatarios, por causa de indignidad: 1o. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos cónyuge, conviviente de hecho, o



hermano de ella. Esta causa de indignidad subsistirá no obstante la gracia acordada al criminal o la prescripción de la pena; 2o. El heredero mayor de edad que siendo sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión no la denunciare a los jueces en el termino de un mes, cuando sobre ella no se hubiere procedido de oficio. Si los homicidas fueren ascendientes o descendientes, cónyuge o conviviente de hecho, o hermanos del heredero, cesará en este la obligación de denunciar; 3o. El que voluntariamente acusó al autor de la herencia, de un delito que merezca por lo menos la pena de un año de prisión; 4o. El condenado por adulterio con el cónyuge del causante; 5o. El pariente del autor de la herencia si, habiendo estado éste demente y abandonado no cuidó de él, de recogerlo o asilarlo en establecimiento público, si hubiere podido hacerlo; 6o. El padre o la madre que haya abandonado a sus hijos menores de edad o, que los haya corrompido o tratado de corromper, cualquiera que sea la edad de los hijos; 7o. El que con dolo o coacción obligare al testador a hacer testamento o cambiarlo o revocarlo; 8o. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro testamento posterior; 9o. El que ejerciere violencia sobre el notario o testigos, para impedir el otorgamiento del testamento o para que se teste a su favor o a favor de otra persona"

## CAPITULO SEGUNDO

### CLASES DE SUCESION

La sucesión puede darse de dos formas, sucesión Inter Vivos y sucesión Mortis Causa, la primera la define Guillermo Cabanellas como "El traspaso de una cosa de una persona a otra, o la cesión de derechos u obligaciones entre sujetos para surtir efectos en vida de ambos y por lo común de presente y sin larga duración, ejemplo Compraventa, donación, permuta, comodato, cesión de derechos Etc."<sup>4</sup> Y la segunda la define el mismo autor como: "La transmisión de derechos y obligaciones de quien muere, a una persona capaz y con derecho de voluntad de ejercer aquellos y cumplir estas, se contraponen a la sucesión Inter Vivos"<sup>5</sup> Para efectos de la presente investigación trataremos las clases de sucesión Mortis Causa de la siguiente manera:

#### A. SUCESIÓN TESTAMENTARIA.

La sucesión testamentaria la define Manuel Ossorio como "aquella en que la vocación sucesoria es determinada por la voluntad del causante, con las únicas limitaciones que pueden surgir de disposiciones precisas de la ley",<sup>6</sup> Diego Espin hace referencia al Código Civil español cuando indica "la sucesión se

---

<sup>4</sup> Cabanellas, Guillermo Op. Cit. Pág. 42

<sup>5</sup> Idem. Pág. 142

<sup>6</sup> Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Ed. Heliasa. G.R.L. Pág. 727

difiere en la voluntad del hombre manifestada en un testamento, y a falta de ésta por disposición de la ley la primera se llama testamentaria y la segunda legítima" <sup>7</sup>

Guillermo Cabanellas da la definición siguiente: "La que es diferida por la manifestación de voluntad del causante, contenida en testamento válido, sea hecho por escrito o de palabra en los supuestos excepcionales en que estos se admiten".<sup>8</sup> Atendiendo al espíritu y los principios que informan este instituto, definiremos la sucesión testamentaria de la manera siguiente: " Es la transmisión de bienes, derechos y obligaciones, a los herederos o legatarios por medio del testamento que se basa en la voluntad del de Cuius limitado únicamente por las disposiciones legales"

#### A.1. TESTAMENTO

El testamento lo definimos como un: "documento por medio del cual se materializa la última voluntad del causante, transmitiendo a sus herederos o legatarios sus bienes, derechos y obligaciones, para después de su muerte debiendo observar las formalidades legales para su validez." Para Guillermo Cabanellas testamento es: "Acto por medio del cual una persona dispone para

---

<sup>7</sup> Espín Canovas, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Volumen V. Ed. Revista de Derecho Privado, Pág. 98

<sup>8</sup> Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 150

después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos",<sup>5</sup> también lo define como "Declaración de última voluntad, relativa a los bienes y otras cuestiones, reconocimientos filiales nombramientos de tutores revelaciones o confesiones, disposiciones funerarias"<sup>10</sup> Federico Puig Peña dice es: "Aquella disposición Mortis Causa por la cual el ciudadano romano designaba un sucesor que continuase la jefatura doméstica de la familia". Modestino citado por Puig Peña dice: "Testamento es simplemente la justa expresión de nuestra voluntad respecto de lo que cada uno quiere que se haga después de su muerte, (Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit)"<sup>11</sup>

#### A.1.1. CARACTERÍSTICAS

##### A.1.1.1. ES PERSONALÍSIMO

Porque la manifestación de voluntad debe realizarse ante Notario o persona legalmente facultada para testar, de manera expresa, directamente por el titular de los bienes, derechos y obligaciones que se suceden. El testador no tiene potestad para delegar en un tercero, ni para ratificar declaraciones hechas en su nombre.

---

<sup>5</sup> Idem. Pág. 208

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español Tomo V. Ed. Pirámide, S. A. Pág. 142

#### A.1.1.2. ES SOLEMNE

Porque para que surta efectos legales debe observarse los formalismos o solemnidades que especifica la ley, para el otorgamiento de un testamento. Varias han sido las causas que tradicionalmente y en la actualidad han impedido al legislador a dotar al acto testamentario de este carácter de solemnidad, siendo las principales la necesidad de obtener una mayor seriedad y ponderación en el querer testamentario, la conveniencia de conseguir una mayor claridad y precisión en la manifestación de voluntad y por último la utilidad que representa una facilidad en la prueba todas estas circunstancias, a cual de ellas de mayor trascendencia, determinaron siempre en la historia la existencia de indeclinables requisitos formales para la validez del acto testamentario. El artículo 32 del Código de Notariado indica cuando un testamento puede ser declarado nulo cuando no se hayan observado las solemnidades legales.

#### A.1.1.3. ES UN NEGOCIO JURIDICO UNILATERAL

El negocio jurídico fundamental Mortis Causa es el testamento y es éste el que ha llenado de una manera casi absoluta todo el ámbito negocial de la distribución de los bienes post mortem, gozando de todas las características y exigencias que el ordenamiento jurídico requiere para tener la consideración de verdadero negocio jurídico.

#### A.1.1.4. ES REVOCABLE

Porque el hombre tiene plena potestad decisoria sobre la ordenación de su patrimonio para después de existir y no hay poder que pueda disminuirla o aminorarla, aún la disposición testamentaria de indicar que no será lícita la revocatoria posterior, -*nemo potest sibi testamento eam legem dicere ut a priori ei recedere non liceat*-

#### A.1.1.5. ES UN ACTO LIBRE

Algunos autores agregan este último como elemento de definición o como requisito, creo que esta demás señalarlo en forma expresa porque los actos jurídicos deben ser libres para que tengan eficacia como tales, la libertad es un elemento intrínseco, inherente al acto mismo.

### A.2. CLASIFICACIÓN DE TESTAMENTO.

#### A.2.1. TESTAMENTO ABIERTO.

El testamento abierto nos indica Diego Espin que lo define el Código Civil Español de la siguiente manera: "Es abierto el testamento siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone"<sup>12</sup>, su definición legal de acuerdo al artículo 935 del código Civil: "El testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una persona dispone de todo o de parte de

---

<sup>12</sup> Espin, Diego. Op. Cit. Pág. 241

sus bienes para después de su muerte".

Manuel Ossorio define el testamento abierto de la siguiente manera: "Aquel en que el testador manifiesta su última voluntad ante el Notario (o escribano), dictándolo al mismo o dándole por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria"<sup>13</sup> Guillermo Cabanellas nos dice al respecto: "Es aquel en que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deban autorizar el acto las cuales quedan así enteradas de lo dispuesto en el mismo."<sup>14</sup>

#### A.2.1.1. CARACTERÍSTICAS

A) Es formal, porque debe otorgarse de acuerdo a las solemnidades que contiene el ordenamiento jurídico vigente.

B) Es escrito, porque debe de suscribirlo quien lo otorga o en su defecto impregnar la huella digital del dedo pulgar derecho u otro que el Notario designe.

#### A.2.1.2. SOLEMNIDADES

A) Debe otorgarse en escritura pública, de acuerdo a lo que indica el artículo 855 del Código Civil, y por consiguiente observar de todos los formalismos para elaborar una escritura pública y además las formalidades especiales que prescribe el

---

<sup>13</sup> Ossorio, Manuel. Op. Cit. Pág. 744

<sup>14</sup> Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 210



artículo 42 del Código de Notariado y son los siguientes: a) la hora y sitio en que se otorga el testamento; b) la nacionalidad del testador; c) la presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige esta ley; d) fe de la capacidad mental del testador a juicio del Notario; e) Que el testador exprese por sí mismo su voluntad; f) que el testamento se lea clara y distintamente por el testador o la persona que él elija; y se averigüe al fin de cada cláusula, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión fiel de su voluntad; g) que si el testador no habla el idioma español, intervengan dos interpretes elegidos por él mismo para que traduzcan sus disposiciones en el acto de expresarlas; h) que el testador, los testigos, los interpretes en su caso y el Notario, firmen el testamento en el mismo acto; i) que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales.

#### A.2.2. TESTAMENTO CERRADO

Lo define Manuel Ossorio así: "Es el que se entrega firmado por el testador al Notario o escribano público, en un pliego cerrado, en presencia de testigos, expresando que lo contenido en aquel pliego es su testamento"<sup>15</sup> Esta es una definición un tanto clara, sin embargo no indica que sea la manifestación de última voluntad del testador, ni indica que sea documento.

---

<sup>15</sup> Ossorio, Manuel. Op. Cit. Pág. 744

Federico Puig Peña hace alusión al Código Civil Español el cual lo define de la forma siguiente: "Aquel en que el testador sin revelar su última voluntad, en presencia del Notario y los testigos que han de autenticar el acto, que aquella se halla contenida en el pliego cerrado y sellado que al efecto se presenta"<sup>16</sup>, esta es una definición poco clara, pero mas completa, pues indica que es la ultima voluntad, y en que documento esta contenida.

Guillermo Cabanellas lo define así: "Es el escrito por el testador o por otra persona en su nombre y que bajo cubierta cerrada y sellada que no puede abrirse sin romperse es autorizado en el sobrescrito por el Notario y los testigos en forma legal."<sup>17</sup> Legalmente no esta definido este testamento, pero sí lo acepta nuestra legislación tal y como lo indica el artículo 959 del Código Civil.

Sin embargo la definición que proponamos es la siguiente: "Testamento cerrado, es el documento que contiene la manifestación de última voluntad del causante, el cual se entrega en plica a un Notario, en presencia de testigos, indicando por parte del testador que dicho documento contiene su testamento "

---

<sup>16</sup> Puig Peña, Federico. Op. Cit. Pág. 235

<sup>17</sup> Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 143

#### A.2.2.1. CARACTERÍSTICAS

- A) es una manifestación privada de última voluntad
- B) El contenido del testamento no lo conoce el Notario, los testigos ni interpretes, si fuera el caso, que participan en el acto.
- C) Es formalista, porque debe cumplir con requisitos formales para su validez.
- D) Es documento único, pues no puede reproducirse por ningún medio.

#### A.2.2.2. SOLEMNIDADES

Las solemnidades que debe observar el testamento Cerrado de acuerdo al artículo 959 del Código Civil son:

- 1) Solemnidades prescritas para el testamento común abierto;
- 2) el papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada, de suerte que no pueda extraerse aquel sin romperse ésta;
- 3) en presencia del Notario y los testigos, y los interpretes en su caso, manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento y si está escrito y firmado por él o escrito por mano ajena y si por no poder firmar lo ha hecho a su ruego otra persona, cuyo nombre expresará;
- 4) Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario el acta de su otorgamiento, dará fe de haberse observado las formalidades legales y
- 5) extendida y leída el acta, la firmaran el testador, los testigos, los interpretes si

los hubiere y la autorizará el Notario con su sello y firma.

Este artículo 959 es contradictorio, pues indica que en el testamento cerrado se observaran las solemnidades pertinentes prescritas para el testamento abierto, obviamente no puede ser así, porque el testamento abierto como ya lo indicamos debe faccionarse en papel especial para protocolo, y el testamento cerrado puede faccionarse en cualquier papel, y su contenido lo conoce únicamente el causante.

#### A.2.3. TESTAMENTOS ESPECIALES.

Los testamentos especiales son los que se otorgan en circunstancias poco comunes, como los otorgados en peligro de muerte y en tiempo de epidemia, son realmente especiales, por la extraordinaria simplificación de solemnidades, entre ellas la ausencia de Notario, llamados también extraordinarios, son aquellos otorgados en circunstancias anormales y por lo tanto están exentos de ciertas formalidades, nuestra legislación los acepta en los artículos 965, 967, 971, 972 y 974 del Código Civil y dentro del Código Procesal Civil y Mercantil indica el Proceso que debe darseles para su formalización en los artículos 474 al 477, no da un concepto de testamento especial, sino simplemente los regula dentro del Código Civil así: Artículo 965 "(testamento militar) Los militares en campaña, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército o que sigan a éste podrán otorgar testamento abierto ante el oficial

bajo cuyo mando se encuentren" el artículo 967 del mismo cuerpo legal expresa "(Testamento Marítimo): los testamentos abiertos o cerrados de los que vayan a bordo durante un viaje marítimo se otorgará en la forma siguiente: Si el buque es de guerra, ante el contador o ante el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir y que vean y entiendan al testador. El comandante del buque o el que haga sus veces pondrá además su "visto bueno". En los buques mercantes autorizará el testamento el capitán o el que haga sus veces con asistencia de dos testigos como se expresa anteriormente. En uno y otro caso, los testigos se elegirán entre los pasajeros si los hubiere." El artículo 971 del Código Civil habla del testamento en lugar incomunicado lo siguiente: "Los que se hallen en lugar incomunicado por motivo de epidemia podrán testar ante el Juez local y en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir. El artículo 972 regula lo relativo al testamento del preso diciendo: "Si el testador se halla preso podrá en caso de necesidad otorgar testamento ante el jefe de la prisión pudiendo ser testigos a falta de otros los detenidos o presos con tal que no sean inhábiles por otra causa y que sepan leer y escribir. En este testamento es nula toda disposición a favor de los que tienen autoridad en la prisión, a menos que sean parientes del testador." El último de los testamentos especiales que regula nuestro código Civil en el artículo 974 es el Testamento otorgado en el extranjero y dice así: "Los guatemaltecos podrán testar fuera del territorio nacional

sujetándose a las normas establecida por las leyes del país en que se hallen. También podrán testar en alta mar, durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la nación a que el buque pertenezca."

## B. SUCESIÓN INTESTADA

Cuando falta la manifestación de voluntad testamentaria o esta ha sido insuficiente o inapropiada para ordenar y distribuir el patrimonio del de Cuius nuestra legislación y la doctrina han establecido la sucesión intestada o Ab Intestato, la cual Federico Puig Peña define como "Aquella establecida por la ley para regular la ordenación y distribución de los bienes dejados por una persona cuando muere sin testamento o con testamento ineficaz o insuficiente para poder llevarse a cabo aquella distribución"<sup>16</sup> Guillermo Cabanellas define a la sucesión intestada como: "La transmisión según normas legales, de los derechos y obligaciones del causante, por muerte del mismo o presunción de su fallecimiento cuando, no deja testamento o este resulta ineficaz o nulo, se contrapone a la sucesión testamentaria"<sup>17</sup> al respecto Diego Espín indica que "La sucesión Intestada o legítima tiene lugar cuando falta total o parcialmente una disposición testamentaria que regule el destino del patrimonio transmisible del causante"<sup>20</sup>. Como podemos

---

<sup>16</sup> Puig Peña, Federico. Op. Cit. Pág. 628

<sup>17</sup> Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 143

<sup>20</sup> Diego Espín. Op. Cit. Pág. 149

observar en esta definición llama a la sucesión intestada como legítima, otros tratadistas la llaman supletiva, por venir a suplir la forma mas aceptada que es la testamentaria, tomando esta forma de suceder como basada en un testamento tácito.

## B.1. CARACTERÍSTICAS

### B.1.1. ES UNA SUCESIÓN UNIVERSAL

Por lo tanto la misma tiene idéntico rango, condiciones y características, en cuanto a su efectividad, que la sucesión testamentaria, por lo anterior quien sucede ab-intestato tiene la misma fuerza jurídica de quien hereda por testamento.

### B.1.2. ES ESTABLECIDA POR LA LEY

En la sucesión intestada es la ley la única que directamente y con carácter exclusivo, hace el llamamiento de los herederos, puesto que no hay declaración de voluntad de ninguna persona de consiguiente las normas sucesorias de distribución ab-intestato son imperativas y no pueden derogarse por ninguna causa siendo la ley en su carácter soberano y sin intervención de nadie, quien se encarga de distribuir el patrimonio conforme las reglas establecidas. En la sucesión intestada la ley concede siempre los derechos a título universal, en ella sólo hay herederos y quedan excluidos los legados.

### B.1.3. ES SUPLETORIA

La sucesión intestada sólo procede cuando no hubiere testamento o resultare sin efecto el mismo, de consiguiente habiendo disposición de última voluntad por testamento, en nada tiene que intervenir el sistema legítimo o ab-intestato puesto que se respeta en su totalidad la voluntad del causante.

### B.2. CASOS EN QUE TIENE LUGAR.

La sucesión intestada procede cuando falta total o parcialmente una disposición testamentaria que regule el destino de todo, o parte del patrimonio transmisible del causante.

Como lo hemos indicado supra el principal caso de procedencia es cuando no existe testamento, otro caso en que tiene lugar es que si existe testamento, fuere declarado nulo, el tercer caso si habiendo otorgado testamento formalmente válido hubiere dejado bienes, derechos y obligaciones sin determinarlas en el testamento, lo que conocemos como bienes Relictos, el cuarto caso sería cuando es herencia condicional y ésta condición no se cumple, y el quinto caso es cuando el presunto heredero nombrado en el testamento tiene incapacidad para heredar. Nuestra legislación indica en ese sentido en el artículo 1068 del Código Civil: "(casos en que tiene lugar) La sucesión intestada tiene lugar: 1o. cuando no hay testamento; 2o. Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o el instituido muere antes que el testador, o es



incapaz de heredar, o repudió la herencia; fuera de los casos de sustitución y representación y acrecimiento con arreglo a este código; 3o. Cuando en el testamento no hay heredero instituido y el testador no ha dispuesto de todos sus bienes en legados; y 4o. cuando el testador ha dejado de disponer de alguno o algunos de sus bienes.

### B.3. ORDEN DE LA SUCESIÓN INTESTADA.

Nuestro sistema de sucesión intestada se basa en el vínculo subjetivo o personal que por razón de parentesco o matrimonio une al causante con determinadas personas, como lo indican los artículos del 1078 al 1080 del Código Civil al expresar: "La ley llama a la sucesión intestada, en primer lugar a hijos, incluyendo a los adoptivos, y al cónyuge sobreviviente que no tenga derecho a gananciales, quienes heredarán en partes iguales. No obstante el cónyuge sobreviviente cuyo derecho de gananciales sea menor que la cuota hereditaria que le correspondería en ausencia de gananciales tendrá derecho a que se le complete un monto equivalente a dicha cuota, deduciéndose la diferencia de la masa hereditaria"; "A falta de descendencia sucederán los ascendientes mas próximos y el cónyuge, por iguales porciones y cuando solo hubiere una de estas partes, ésta se llevará toda la herencia"; "A falta de los llamados a suceder, según el artículo anterior sucederán los colaterales hasta el cuarto grado", de manera que sólo en ausencia de todas ellas se llama a las universidades y al estado a suceder, y para

el efecto nuestro ordenamiento jurídico lo regula en el artículo 1 inciso 2o. del decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala.

#### B.4. HERENCIA YACENTE

La herencia yacente la constituye toda la masa hereditaria del causante, con la característica especial que está determinado quienes son los presuntos herederos, y que por motivos externos no han tomado posesión de la herencia, el ejemplo típico es la herencia que está siendo administrada por Albacea, o en su defecto, administrador de la herencia. En este sentido Manuel Ossorio con relación al tema indica: "Cuando todavía el heredero no ha entrado en posesión de la herencia, se dice que la misma está yacente: así como también cuando siendo varios los herederos, no se han practicado todavía las particiones"<sup>21</sup> Nuestra legislación hace referencia a la herencia yacente sin darle una definición legal, en cuanto a su administración en los artículos 503 y 504 del Código Procesal Civil y Mercantil, los cuales expresan la forma de nombrar administrador de la herencia yacente con el fin de conservar y mejorar el patrimonio del causante.

#### B.5. HERENCIA VACANTE

Guillermo Cabanellas la define como "Aquella en la cual no existe llamamiento testamentario, ni persona con derecho a

---

<sup>21</sup> Ossorio, Manuel. Op. Cit. Pág. 349

reclamar la herencia por Ley<sup>22</sup> , y Manuel Ossorio la conceptualiza así: "La carente de herederos, situación que puede presentarse no solo por su inexistencia, por no haber testado el causante y carecer de parientes en grado sucesible sino también por renuncia de los herederos o por su indignidad o incapacidad para suceder"<sup>23</sup> En estos casos el derecho comparado indica que los bienes de la herencia vacante pasan a ser propiedad del estado y las universidades y nuestra legislación así lo regula de acuerdo al artículo 1 numeral 2o. del decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala ya estudiado.

---

<sup>22</sup> Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 296

<sup>23</sup> Ossorio, Manuel. Op. Cit. Pág. 348

## CAPITULO TERCERO

### ALBACEA

#### A. DEFINICION

Ejecutor testamentario o albacea (del árabe al-Wací, ejecutor) Rafael Rogina Villegas expone que "los albaceas son personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cujus así como cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración liquidación y división de herencia".<sup>24</sup> En el derecho catalán citado por Puig Peña definen al albacea como "Las personas que reciban del testador el encargo de entregar la herencia en su universalidad a personas por él designadas o de destinarla a las finalidades expresadas en el testamento o en la confianza revelada"<sup>25</sup> según dice Diego Espín, una definición rica en cuanto a su extensión y contenido la da Puig Peña al definir el albaceazgo como: "Institución jurídica por cuya virtud una o mas personas, nombradas generalmente por el testador, son encargadas de vigilar y dar cumplimiento a lo ordenado en el testamento, asegurando así la efectividad de sus disposiciones"<sup>26</sup> al respecto Manuel Ossorio cita a Couture e

---

<sup>24</sup> Rogina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Decima edición. Ed. Porrúa, S. A. Avenida República Argentina, 15, México 1 D. F. 1978. Pág. 139

<sup>25</sup> Diego Espín. Op. Cit. Pág. 355

<sup>26</sup> Idem. Pág. 357

indica: "Ejecutor testamentario: persona designada por el testador para que después de su muerte ejecute las disposiciones de última voluntad."<sup>27</sup> Ossorio cita a la academia española y define: "Es la persona encargada por el testador o por el Juez de cumplir la última voluntad y custodiar los bienes del finado"<sup>28</sup>, al analizar las definiciones anteriores sugerimos la definición siguiente, "Albacea es el ejecutor testamentario o judicial encargado de realizar los disposiciones de última voluntad del testador, observando todas las facultades que le haya extendido el causante y en ausencia de estas, de acuerdo a los derechos y obligaciones establecidos en la ley" La definición legal de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1041 del Código Civil es la siguiente: "Albacea o ejecutor testamentario, es la persona a quien el testador encarga el cumplimiento de su voluntad."

#### B. CLASIFICACIÓN

Atendiendo a la razón de su cargo Puig Peña indica que la legislación española "los divide en: Testamentarios, Legítimos y dativos, los primeros los designados por el testador, los legítimos son los parientes del testador, y los dativos los designados por el Juez."<sup>29</sup> Atendiendo a la extensión de sus facultades los albaceas pueden ser universales y particulares, los universales son los que nombra el testador cuando no

---

<sup>27</sup> Ossorio, Manuel. Op. Cit. Pág. 48

<sup>28</sup> Idem. Pág. 48

<sup>29</sup> Puig Peña, Federico. Op. Cit. Pág. 609

existiendo heredero le encarga el cumplimiento de la total disposición hereditaria; el segundo es aquel que ha de delimitar su función a lo que concretamente tiene encomendado. Atendiendo al número de albaceas el testador puede nombrar uno o mas albaceas que puedan a su vez ser designados para que desempeñen el cargo sucesiva o simultáneamente y en este último caso, como mancomunados simples o como solidarios.

Nuestra legislación por razón de su nombramiento los divide en testamentarios y judiciales, siendo los primeros los que el testador ha propuesto en el testamento; y el judicial es el albacea nombrado por Juez competente como lo indica el artículo 1042 del código Civil que dice: "Puede haber también albacea judicial por nombramiento de Juez"

### C. CARACTERISTICAS DEL ALBACEA

#### C.1. ES UN CARGO TESTAMENTARIO

Porque es nombrado únicamente en testamento, sin embargo conforme a nuestra ley puede ser nombrado judicialmente en los casos de renuncia, remoción o falta del que estaba nombrado en el testamento y cuando hubiere petición de los herederos instituidos quienes podrán exigir garantía al albacea nombrado o exigirla en su caso al propio Juez.

#### C.2. ES PERSONALISIMO Y VOLUNTARIO

Se basa en el nombramiento del albacea por parte del testador, en la confianza de éste en aquel, para que ejecute sus disposiciones testamentarias, pero ninguno está obligado a aceptarlos; sin embargo una vez aceptado no puede renunciar sin justa causa, circunstancia que será calificada en todo caso por el Juez ante quien se haya radicado la testamentaria.

#### C.3. ES UN CARGO REMUNERADO

De conformidad con nuestra legislación el cargo de albacea es remunerado, el artículo 1083 trae regulada la graduación de honorarios que corresponden al albacea según el valor de los bienes administrados o inventariados, norma cuya inclusión dentro de dicho cuerpo legal es objetable, por cuanto consideramos que hubiera sido más conveniente incluirla dentro de otros cuerpos legales que contienen disposiciones arancelarias.

#### C.4. ES TEMPORAL

Su encargo debe ejecutarse dentro del plazo que fija el testador o subsidiariamente nuestra ley, tal y como lo exponemos en el apartado que se refiere al plazo del albaceazgo.

#### D. FACULTADES DEL ALBACEA

La doctrina otorga una serie de facultades

a los albaceas siendo las mas importantes las siguientes de acuerdo a lo que nos dice Puig Peña que indica el código Civil español: "1) Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador, con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento y en su defecto según la costumbre del pueblo"; "2) Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el consentimiento y beneplácito de los herederos"; "3) Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él."; "4) Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes con intervención de los herederos presentes"; 5) Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales legados y los herederos o lo aportasen de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles y no alcanzando estos, la de los inmuebles con intervención de los herederos."<sup>30</sup>

El deber fundamental del albacea es promover la ejecución del testamento debiendo rendir cuentas de la misma, bien por los herederos, bien por el Juez, dice la legislación española ordenando en su código las siguientes normas: 1) "Los albaceas deberán dar cuenta de su encargo a los herederos"; 2) "Si hubieren sido nombrados, no para entregar los bienes a herederos determinados, sino para darles la inversión o distribución que el testador hubiere

---

<sup>30</sup> Idem. Pág. 811



dispuesto en los casos permitidos por derecho rendirán cuentas al Juez"; 3) "Las anteriores reglas tienen carácter imperativo, por lo que toda disposición del testador contraria a las mismas será nula". A los albaceas les afecta una prohibición legal pues no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia, los bienes confiados a su cargo.<sup>31</sup> Nuestra legislación atendiendo a lo que preceptúa el artículo 1050 del Código Civil da las siguientes: "Facultades y atribuciones de los albaceas, Además de las que designe el testador serán las siguientes: 1a. disponer y pagar los funerales del testador, con arreglo a lo ordenado por este y en defecto de tal disposición, según las costumbres del lugar y las posibilidades de la herencia. 2a. Hacer las gestiones necesarias para la inmediata seguridad de los bienes. 3a. Hacer el inventario con intervención de los herederos y cuando no los haya con la de los interesados en los bienes. 4a. Pagar las deudas y legados y 5a. Administrar los bienes hasta que los herederos tomen posesión de ellos." En este último numeral indica que el albacea debe administrar los bienes, y para sus efectos debemos observar las obligaciones que indica la legislación vigente en cuanto a la administración de la herencia lo que se encuentra regulado en el artículo 503 del Código

---

<sup>31</sup> Idem. Pág. 612

Procesal Civil y Mercantil cuando indica que la administración tiene como objeto asegurar, conservar, y mejorar el patrimonio del causante, atender la inversión normal a que los frutos están destinados, vender las cosechas, arrendar los inmuebles, hacer las inversiones corrientes para incrementar la producción de los bienes relictos, pagar las obligaciones y cobrar rentas y créditos pendientes. Además el código civil en el artículo 1051 indica que para instituir el patrimonio familiar, el albacea debe hacer las gestiones pertinentes para cumplir lo dispuesto en el testamento debiendo iniciarlas en el momento que se habrá la sucesión, en el artículo 1052 del mismo Código Civil se autoriza al albacea a vender los bienes muebles para el pago de deudas y legados y no alcanzando estos la venta de los bienes inmuebles, procediendo con intervención de los herederos, en el artículo siguiente del mismo cuerpo legal se manda al albacea a que se entreguen los legados específicos y asegurará el pago de los demás legados, a su satisfacción. La imperatividad especial que legisla nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1081 del Código Civil en el sentido que el albacea debe rendir cuentas aunque el testador lo dispense en el testamento de la obligación de rendir cuentas y de hacer el inventario, merece un especial comentario, porque como lo indica el mismo artículo el albacea deberá llevar una cuenta documentada

del albaceazgo y dará cuenta a los interesados después de haberlo ejercido, así también el albacea tiene obligación de asegurar la devolución de los bienes a los herederos para cuando llegue el día de la entrega de los bienes, o cuando se hayan cumplido los encargos.

#### E. PLAZO

El albacea no sólo tiene que cumplir su misión específica, sino ha de verificarlo dentro de un plazo determinado, pues precisamente por el interés de los herederos y legatarios en hacer efectiva la disposición testamentaria establecida en su favor, no se puede dejar al arbitrio del albacea el cumplimiento de su fin específico porque es una función eminentemente temporal y por lo tanto si vencido el plazo que en nuestra legislación es de un año, no se ha ejecutado la última voluntad del causante, éste deberá prorrogarse por un año más, y si aún con esta prórroga no se cumpliere con la entrega de los bienes de la masa hereditaria, el Juez podrá conceder otra prórroga, por el tiempo que fuere necesario, tal y como lo indica el artículo 1059 del Código Civil.

#### F. EXTINCIÓN

La extinción del albaceazgo por excelencia debe ser el cumplimiento de la última voluntad del causante, o sea entregando la posesión de los bienes a los herederos, y los legados a los legatarios, sin embargo en

los procesos que la herencia se declare vacante el albaceazgo se extingue cuando los bienes sean entregados al Estado y a las universidades de acuerdo al auto declaratorio de herederos respectivo.

La legislación española nos indica Diego Espin indica en su código las causas de extinción del albaceazgo así: "Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador, por la ley, y en su caso por los interesados"<sup>32</sup>. consideramos que es una norma jurídica incompleta, porque como lo explicamos al principio el albaceazgo se extingue por el cumplimiento de la última voluntad del testador, o por la entrega de la masa hereditaria a quienes corresponda de acuerdo a la ley en los casos de sucesión Ab Intestato, y también la consideramos poco clara, porque dice que termina por "el lapso del término señalado" porque en realidad debe indicar por "el paso del termino" o por "el transcurso del término", por lo cual queda poco claro aunque el espíritu de la misma si es evidente. Nuestra legislación en el artículo 1067 indica: "Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea, y por el vencimiento del termino señalado por el testador, por la ley y en su caso por

---

<sup>32</sup> Diego Espin. Op. Cit. Pág. 364

los interesados.", esta regulación legal se encuentra también incompleta porque no indica que el albaceazgo se extingue con el cumplimiento de la última voluntad del testador o en su defecto con la entrega de los bienes a quien corresponda de acuerdo al auto declaratorio de herederos, pero sí es clara en cuanto a que se extingue por el vencimiento del plazo, para el cual fue instituido.

## CAPITULO CUARTO

### PROCESO

#### A. DEFINICIÓN

Calamandrei piensa que el proceso "es una serie de actos coordinados y regulados por el derecho a través de los cuales se efectúa el ejercicio de la jurisdicción."<sup>33</sup> Guasp enseña que "el proceso es la sucesión de actos que tienden a la actuación de la pretensión, mediante la intervención del órgano del Estado instituido especialmente para ello."<sup>34</sup> Hugo Rocco lo define como "El conjunto de actividades del estado y de las otras partes con las que se realizan los derechos de estas, que han quedado insatisfechas por la falta de actuaciones de la

---

<sup>33</sup> Calamandrei, Piero. El Proceso Civil. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1945. Pág. 161

<sup>34</sup> Guasp, Jaime. El Arbitraje en el Derecho Español. Bosch Casa Editorial Urgel 51 bis. Barcelona. Pág. 155

norma de que se derivan."<sup>35</sup> Proceso lo define Manuel Ossorio como "la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico"<sup>36</sup> esta definición es muy amplia y consideramos que no abarca los elementos necesarios que se dan dentro de un proceso, pues habla de sucesión de momentos en un acto jurídico, cuando en realidad el proceso regularmente consta de una serie de actos jurídicos que culminan con la resolución de una litis o culminan con la legitimación de derechos en los procesos de jurisdicción voluntaria, por ejemplo, que pueden no ser contenciosos. Guillermo Cabanellas dice que proceso es: "Conjunto de actos y actuaciones/litigio sometido a conocimiento y resolución de un tribunal/causa o juicio criminal"<sup>37</sup> definiciones que obviamente son superficiales y no profundizan en lo que en sí es un proceso, sin embargo tienen elementos que unidos nos proporcionan una idea clara de lo que es en sí un proceso por lo cual lo definimos de la manera siguiente: "Proceso es una serie de actos jurídicos concatenados cuyo fin es resolver conflictos de derecho de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente"

#### A.1. CLASIFICACION

---

<sup>35</sup> Rocco, Alfredo. Leyes Procesales. Editorial Stylo. México, D.F. Pág. 125

<sup>36</sup> Ossorio Manuel. Op. Cit. Pág. 615

<sup>37</sup> Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 381

A.1.1. ATENDIENDO A LA MATERIA:

A.1.1.1. PROCESO CIVIL

El que se diligencia en los órganos jurisdiccionales sobre conflictos que atañen esencialmente a la regulación del código Civil y leyes complementarias.

A.1.1.2. PROCESO PENAL

El conjunto de actuaciones que persiguen averiguar la perpetración de un delito, la participación de los delinquentes, su responsabilidad e imponerles la penalidad señalada.

A.1.1.3. PROCESO ADMINISTRATIVO

El que se ventila contra instituciones estatales, contencioso por impugnar las resoluciones o disposiciones de la administración pública.

A.1.1.4. PROCESO LABORAL

Aquel en que se ventilan situaciones antagónicas entre el trabajador y el empleador debido a situaciones de la aplicación de la ley laboral.

A.2. PROCESO SUCESORIO

A.2.1. DEFINICIÓN

Para los efectos de la presente investigación nos concretaremos a estudiar el proceso sucesorio el cual define Manuel Ossorio así: "Juicio sucesorio: Denominación unificada de cuanto proceso judicial suscite la sucesión de una persona, según exista testamento válido o no, se escinde en dos clases muy distintas: el Juicio de

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

testamentaria en el primer supuesto y el de Abintestado en la otra hipótesis"<sup>36</sup>

Nuestra legislación aunque no dá una definición de proceso sucesorio sí indica los resultados que deben obtenerse del mismo y para el efecto regula en el artículo 450 del Código Procesal Civil y Mercantil lo siguiente: "Sin perjuicio de que los interesados obtengan la declaración judicial de otros derechos que pudieran haber emanado del fallecimiento de su causante, o de su muerte presunta, el proceso sucesorio

determinara cuando menos: 1o. El fallecimiento del causante o su muerte presunta; 2o. Los bienes relictos; 3o. Las deudas que gravan la herencia; 4o. Los nombres de los herederos; 5o. El pago del impuesto hereditario; 6o. La partición de la herencia."

#### A.2.1. CLASIFICACIÓN

ATENDIENDO A SU ORIGEN:

##### A.2.1.1. PROCESO SUCESORIO TESTAMENTARIO.

El proceso sucesorio testamentario lo define Manuel Ossorio así: "El que tiene por objeto pagar las deudas de un difunto y distribuir el remanente de sus bienes cuando lo haya, entre los herederos y legatarios designados en el testamento y en todo caso entre los legitimarios. Puede ser voluntario el promovido

---

<sup>36</sup> Ossorio, Manuel. Op. Cit. Pág. 406



por parte legítima y necesario el que se inicia de oficio"<sup>39</sup> En esta definición observamos que habla de legitimarios, y los legitimarios son las personas que son herederos forzoso o necesario por tener derecho intangible salvo fundada desheredación o indignidad a una cuota de los bienes del causante"<sup>40</sup> por lo tanto se desvirtúa el espíritu testamentario, porque dentro del mismo se instituyen a los herederos que el causante designa, o sea que sólo y únicamente serán herederos los nombrados expresamente por el testador dentro del testamento legalmente instituido, sin importar, si se nombran a todos los presuntos herederos legítimos, o sea que la voluntad del causante debe ser respetada, desheredando Ipso Jure a los demás presuntos herederos legítimos que el causante no haya nombrado dentro del testamento, por lo cual consideramos que este último párrafo de la definición aludida es un tanto cuestionable, aunque existe la excepción en el artículo 942 del Código Civil cuando indica: "La disposición redactada a favor de parientes del testador en forma general e indeterminada, se entiende hecha únicamente a favor de los herederos llamados a la sucesión", en el proceso sucesorio testamentario se debe interpretar las disposiciones testamentarias en Stricto Sensu, tomando en cuenta que la interpretación de las mismas deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador y también la

---

<sup>39</sup> Idem. Pág. 43

<sup>40</sup> Idem. Pág. 2

interpretación del testamento no debe hacerse tomando solo palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de voluntad, sin embargo se puede dar el caso que el causante en su testamento disponga que deshereda a determinadas personas y que la masa hereditaria se reparta entre los demás herederos legítimos a este respecto Puig Peña indica lo siguiente "Se plantea el problema de determinar si el causante puede otorgar testamento en el que simplemente se limite a eliminar o excluir de su abintestato alguna persona o grupo de personas llamadas por la ley. La cuestión ha sido muy discutida. Un buen número de tratadistas se pronuncian por la afirmativa, a base de lo establecido en otros derechos sobre este caso, pero la generalidad de la doctrina patria se pronuncia por la negativa, en primer lugar porque nuestro código nada dispone sobre el particular; en segundo término, porque parece que éste otorgamiento de testamento, sin disposición expresa va en contra de su significado en el derecho patrio; en tercer lugar porque tal acto va también en contra de nuestra mentalidad sucesoria profundamente romanista en estos respectos. Sin embargo, cree Roca que cabe aceptar la exclusión, en nuestro derecho, interpretándola en el efecto de implicar un llamamiento tácito o implícito, como herederos testamentarios de aquellas personas no excluidas. Por ello si a causa de que los herederos tácitamente llamados repudiaran tuviera que abrirse una sucesión intestada, deberán entrar aquellas personas expresamente

desheredadas"<sup>41</sup> en los casos que haya nulidad declarada por la ley, por lo cual aunque dentro del testamento exista una disposición de última voluntad del causante que indique que no debe impugnarse el testamento, ésta disposición es efectiva únicamente en cuanto a la impugnación de la distribución de la masa hereditaria que el causante haya hecho, porque la última voluntad del De Cujus debe respetarse como lo acotamos anteriormente, prohibición que no se acata cuando en el instrumento público que contiene el testamento se haya omitido algún requisito esencial o requisito especial para los testamentos, por lo cual aunque el testador indique que prohíbe la impugnación del testamento, ésta disposición se tiene por no puesta, porque se violaría un precepto constitucional contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual establece: "Libre acceso a tribunales y dependencias del estado. Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley.

"Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia.

"No se califica como tal, el sólo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso, deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas."

De acuerdo a lo que estipula el artículo 460 del Código Procesal Civil y Mercantil podemos concluir diciendo que el

---

<sup>41</sup> Puig, Peña. Op. Cit. Pág. 120

proceso sucesorio testamentario es aquel que se inicia en base a un testamento válido, abierto o cerrado, otorgado de acuerdo con las formalidades establecidas por la ley, por medio del cual se ejecuta y cumple con lo establecido en el mismo hasta llegar a la adjudicación de los bienes a los acreedores, herederos y legatarios.

#### A.2.1.2. PROCESO SUCESORIO INTESTADO

Se le conoce doctrinariamente como sucesión AB INTESTATO, la cual es una voz latina que nos explica Manuel Ossorio así: expresión latina aceptada para el idioma español por la academia de la lengua, que quiere decir "Sin Testamento" se aplica tanto a las personas que mueren sin testar, cuanto a las que heredan en esa forma. Unidas las dos palabras para formar una sola tienen distinto significado"<sup>42</sup>. El significado que tienen esa dos palabras juntas es la definición de proceso sucesorio intestado, y nos lo proporciona el mismo tratadista de la manera siguiente: "Abintestato. procedimiento judicial que tiene por finalidad la declaración de quienes sean los herederos de la persona que murió sin testar y la adjudicación a ellos de los bienes de la herencia"<sup>43</sup>

"Cuando falta la manifestación de voluntad testamentaria o ésta

---

<sup>42</sup> Ossorio Manuel. Op. Cit. Pag. 220

<sup>43</sup> Idem. Pág. 220

es inapropiada o insuficiente para ordenar y distribuir el patrimonio del De Cuius, el legislador ha establecido un segundo título constitutivo de las relaciones jurídicas surgidas de la sucesión, verificando a priori una determinación de los llamamientos y una atribución de los bienes, perfectamente reglados, para el caso de que una persona no quiera o no pueda hacer uso del derecho de imposición sucesorial, que por muchas causas conjuntas le conceden las leyes.

Esta sucesión ha recibido diversos nombres y unas veces se le ha llamado, con técnica romanista sucesión intestada o abintestato, otras legítima, legal y aún por influencia francesa, simplemente sucesión. Dado que los términos "legítima" y "legal" pueden provocar la confusión con el régimen del derecho de legítimas determinantes de la sucesión forzosa aún cuando no sea muy correcta desde el punto de vista de la precisión de su origen, estimamos más certera la expresión SUCESIÓN INTESTADA, por prestarse menos a dudas y ésta es también la terminología que generalmente usa nuestro código Civil y la que tiene más acogida en la dicción de gentes.

Puig Peña define la sucesión intestada como "aquella establecida por la ley para regular la ordenación y distribución de los bienes dejados por una persona, cuando muere sin testamento o con testamento ineficaz o insuficiente para poder llevarse a cabo aquella distribución."<sup>44</sup>

La sucesión intestada es una sucesión universal teniendo

---

<sup>44</sup> Ossorio, Manuel. Op. Cit. Pág. 628

tanto históricamente como en el derecho moderno, el mismo rango, condiciones y características en cuanto a su efectividad que la sucesión testamentaria. Por ello el sucesor intestado es un "sucesor", con la misma intensidad jurídica que el heredero testamentario y el acto de adquisición produce el efecto transmisorio con el mismo alcance jurídico que el testamento; salvo las singularidades típicas de la sucesión testamentaria, en virtud de las determinaciones accesorias de la voluntad del causante. La sucesión intestada es una forma de sucesión establecida por la ley, siendo la ley la que hace el llamamiento de los herederos, ya que las normas sucesorias de distribución abintestato son normas imperativas que no pueden derogarse, ni por la voluntad del causante, ni por acuerdos ex post, el testador podrá o no ordenar su voluntad conforme al testamento; podrá seguir en éste la seriación legal del abintestato o modificarla a su arbitrio, sin más restricción que el impuesto por el régimen de legítimas, pero lo que no puede hacer es sin otorgar testamento decir que se altere el régimen sucesorio establecido por la ley, ya que en tal caso la ley enteramente soberana y sin mediatizaciones de nadie, se encarga de distribuir su patrimonio conforme a las reglas establecidas.<sup>45</sup> La sucesión intestada es supletoria, porque la misma se realiza únicamente a falta de testamento, o sea que la forma principal de efectuar la sucesión mortis causa es la testamentaria, y la intestada se aplica cuando existe un bien relicto o que por

---

<sup>45</sup> Puig Peña. Op. Cit. Pág. 620

cualquier motivo se anule el testamento o algún heredero renuncie a su parte de la herencia, en este sentido Puig Peña expresa: "Mientras no haya ordenación completa por testamento, no tiene nada que hacer el sistema legal, que respeta en toda su magnífica autonomía la voluntad del causante. Esto naturalmente, no quiere decir que los preceptos del abintestato queden totalmente arrinconados cuando exista sucesión con testamento, puesto que están vivos, sin una actividad inmediata, pero infundiendo gran parte de savia en todo el derecho de sucesiones"<sup>46</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico dentro del Código Procesal Civil y Mercantil hace relación a la sucesión intestada en el artículo 478 el cual indica: " al promover un intestado el denunciante justificará el interés con que proceda, por cualquier medio de prueba. Deberá también indicar si lo supiere, los nombres y las residencias de los parientes en línea recta y del cónyuge supérstite o a falta de ellos de los parientes colaterales dentro del cuarto grado."

ATENDIENDO A LA FORMA.

#### A.2.1.3. PROCESO SUCESORIO EXTRAJUDICIAL.

El proceso sucesorio extrajudicial, consiste en la transmisión patrimonial mortis causa testamentaria o intestada

---

<sup>46</sup> Puig Peña. Op. Cit. Pág. 630

en la cual no existe litis diligenciado en sede notarial en jurisdicción voluntaria.

Para comprender objetivamente esta definición es necesario que analicemos la jurisdicción voluntaria y al respecto Prieto Castro<sup>41</sup> indica de donde proviene el nombre de "Jurisdicción Voluntaria" es "Iurisditio Voluntaria", para denotar la intervención oficial en determinados negocios, como son en nuestro medio los asuntos relativos a la persona y a la familia (declaratoria de incapacidad, ausencia, muerte presunta, divorcio y separación por mutuo consentimiento, etc.) porque se actúa a solicitud de interesados, sin que exista litigio a cuestión alguna que deba ser discutida entre partes contendientes.

Sostiene éste autor que actualmente se conserva el nombre por lo inconveniente que ofrece hallar otro distinto que pueda comprender la extraordinaria variedad de esta manifestación de la actuación pública; no obstante que dicha terminología es totalmente inadecuada, porque la función no está encaminada con carácter exclusivo a los órganos que son titulares de la jurisdicción (tribunales) sino también a otros funcionarios públicos, como son los Notarios, Registradores etc.

---

<sup>41</sup> Prieto Castro, Ferrandez. Derecho Procesal Civil, 2a. Parte. Pág. 596



La jurisdicción Voluntaria definida por el mismo autor indica: "Es una actividad ejecutiva realizada por órganos judiciales o no judiciales, encaminada a tutelar el orden jurídico mediante la constitución, aseguramiento, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general o sea Erga Omnes"<sup>48</sup>. Por consiguiente ésta actividad no es la consecuencia del ejercicio de una acción encaminada a lograr la realización del derecho objetivo por sentencia, en un litigio entre partes contrapuestas, sino una actuación simplemente solicitada para que intervenga un Juez.

La jurisdicción voluntaria la define Chiovenda como "La actividad del Estado, ejercida en una parte por los órganos judiciales y en parte por lo administrativo, que pertenecen a la función administrativa"<sup>49</sup>. Herce Quemada con relación a la jurisdicción voluntaria manifiesta: "La actividad de los jueces no es jurisdiccional sino administrativa, y por tanto no se puede hablar en este caso de proceso, sino de "procedimiento judicial" por estar aquella actividad encomendada a los jueces, es decir que aún siendo función sustancialmente administrativa, subjetivamente es ejercitada por órganos judiciales."<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Idem. Pág. 601 y 602

<sup>49</sup> Citado por V. Herce Quemada en Derecho Procesa Civil. Vol II Pág. 602

<sup>50</sup> Idem. Pág. 603

En el procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria como la actividad que realizan los jueces no es jurisdiccional, no se puede hablar a diferencia del proceso de "partes" o sujetos procesales, sino de "interesados", "solicitante" o "gestionante"; puesto que dicho procedimiento no trata de declarar un derecho contra otro, pero para evitar que pueda resultar perjudicada alguna persona ajena a esa actividad judicial, la ley ordena en determinados casos dar audiencia a algún interesado para que la evacúe en tercero día como lo indica el artículo 403 del decreto ley 107 que contiene el Código Procesal Civil y Mercantil, así como los documentos que se presentan o incorporan como parte del expediente son recibidos sin necesidad de citación de parte contraria, por no existir y no tratarse de procesos. Sin embargo la Procuraduría General de la Nación deberá ser oída: 1o. cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos, y 2do. Cuando se refiera a personas incapaces o ausentes.

Francisco Carneluti en su libro Instituciones del Proceso Civil, al referirse al "procedimiento voluntario" como él lo llama indica que no puede tomarse en cuenta el principio del contradictorio, como una de las notas características del mismo, y que por el contrario en este procedimiento sólo rige el principio de unilateralidad, por no existir conflicto de intereses. El mismo autor indica que el sujeto del procedimiento voluntario puede continuar llamándose "parte" porque en realidad

es siempre el componente de una pareja, pero "no acciona frente a la otra parte"<sup>31</sup>

El objeto de la jurisdicción voluntaria es una relación jurídica de derecho privado, esta clase de procesos no son acumulables a ningún juicio de jurisdicción contenciosa. En la jurisdicción voluntaria se sigue un criterio menos formalista que en los otros juicios, los documentos y medios de prueba se reciben sin citación de la parte contraria por no existir, no hay reglas generales que determinen el procedimiento a seguir, por lo que hay que remitirse al procedimiento específico de cada uno de los actos o negocios de la jurisdicción voluntaria en particular. El Juez puede variar o modificar sus resoluciones, sin estar sujeto a los términos y formas exigidas para la jurisdicción contenciosa, de acuerdo a lo que establece el artículo 405 del Código Procesal Civil y Mercantil. Lo resuelto en los procesos de jurisdicción voluntaria no producen efectos de cosa juzgada, por la variabilidad de que gozan las providencias en ésta jurisdicción y por no haber contención de partes las decisiones siempre son susceptibles de revisión. Si se formula oposición a este procedimiento voluntario, por quien pueda tener interés, el asunto se declara contencioso, como lo indica el artículo 405 del Código Procesal Civil y Mercantil.

De acuerdo a como se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil, en su libro cuarto, que contiene

---

<sup>31</sup> Idem. Pág. 265

los procesos especiales, título I la jurisdicción voluntaria establece en su artículo 401 que ésta comprende todos los actos en que por imposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del Juez sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas o sea ausencia de contención o litigio.

El principio general es que si bien en el código existe determinados formalismos para otros asuntos y la realización de ciertos actos, la jurisdicción voluntaria, si no tiene un procedimiento específico se regirá por lo preceptuado en el título I.

Los asuntos de jurisdicción voluntaria se agrupan en atención a diversas categorías del derecho civil y de las actividades que se realicen, así se tiene que el Capítulo II contempla los asuntos relativos a la persona y a la familia, entre los cuales se destacan:

- a) La declaratoria de incapacidad artículos 406 al 410 CPCYM.
- b) Ausencia y muerte presunta artículos 411 al 417 CPCYM
- c) Disposiciones relativas a la administración de bienes de menores incapaces y ausentes. Artículos 418 al 424 CPCYM.
- d) Las disposiciones relativas al matrimonio comprende:
  - d.1) modo de suplir el consentimiento para contraer matrimonio. artículo 425 CPCYM.
  - d.2) Divorcio y separación por mutuo consentimiento,

artículos 426 al 434 CPCYM.

e) Disposiciones relativas a los actos del estado civil:

e.1) Reconocimiento de preñez o de parto Artículos 435 al 437 del CPCYM.

e.2) Cambio de nombre, artículos 438-439 CPCYM.

e.3) Identificación de persona, artículos 440 al 442 CPCYM.

e.4) Asiento y rectificación de partida de nacimiento, artículo 443 CPCYM.

f) Patrimonio familiar Artículo 444 CPCYM.

g) Respecto de las sucesiones y del derecho sucesorio

g.1 Sucesión testamentaria, artículos 460 al 466 CPCYM.

g.2 Formalización de testamentos cerrados y especiales, artículos 467 al 477 CPCYM.

g.3 Sucesión intestada, artículos 478 al 481 CPCYM

g.4 Sucesorio vacante, artículos 482 al 487 CPCYM

g.5 Sucesorio extrajudicial, artículos 488 al 502 CPCYM.

g.6 Administración de la herencia, artículos 503 al 511 CPCYM.

g.7 Partición de la herencia, artículos 512 al 515 CPCYM.

#### A.2.1.4. PROCESO SUCESORIO JUDICIAL

Es el proceso sucesorio mortis causa testamentario o intestado que se realiza en un órgano jurisdiccional, por existir contención o litis dentro del mismo.

La diferencia fundamental que existe entre el proceso sucesorio judicial y el extrajudicial estriba en que en el primero existe inconformidad por parte de algún interesado y se diligencia ante Juez competente, y en el segundo no existe contradictorio y se diligencia en sede notarial.

#### A.2.2. FASES DEL PROCEDIMIENTO SUCESORIO

Para enumerar todas y cada una de las fases de las cuatro modalidades del proceso sucesorio nos referiremos al Decreto Ley 107, continente del Código Procesal Civil y mercantil, para lo cual sólo citaremos entre paréntesis el artículo o artículos relacionados, en el entendido que nos referimos a éste cuerpo legal individualizado.

##### A.2.2.1. FASES DEL PROCESO SUCESORIO JUDICIAL TESTAMENTARIO

- I) Radicación del proceso sucesorio, a solicitud de cualquier heredero, del cónyuge supérstite o del presunto albacea, de acuerdo al artículo 461, en la primera resolución se señala lugar, día y hora para la junta de herederos, convocando a todos los interesados en la mortua], ordenando la publicación de tres edictos en el diario oficial por el plazo de quince días, los cuales contendrán también los nombres del solicitante y del causante, el tipo y forma del proceso que se radica, en esta resolución se mandará a faccionar el inventario (Artos.456-

- II) El día de la junta de herederos se da lectura al testamento, y en la misma los interesados aceptarán la herencia, y se dará a conocer al albacea testamentario, y en caso de no haberlo y ser necesario se procederá a su nombramiento respectivo. Se corre audiencia a la Procuraduría General de la Nación (Art. 462)
- III) Tres días después de la junta de herederos, si no se impugna el testamento, y con dictamen favorable de la Procuraduría General de la Nación, si no se objeta la capacidad legal de los interesados se reconocen como herederos o legatarios a los que estén nombrados,. (Art. 464) El Administrador o el albacea dará posesión de la herencia a los herederos instituidos en el auto respectivo. (Art. 485)
- IV) Se envía el expediente a la Dirección General de Rentas para que sin otro trámite y en base al inventario y a las actuaciones se realice la liquidación fiscal, de acuerdo a la Ley de Herencias Legados y Donaciones. (Art. 496)
- v) Cancelados los impuestos respectivos, el expediente regresa a la judicatura y el Juez dicta resolución ordenando a un Notario compulsar los testimonios de las partes conducentes a los herederos y legatarios, debiendo insertar en todo caso los pasajes que

contengan el reconocimiento de herederos y legatarios, la aprobación de las actuaciones, en su caso y la liquidación fiscal registro de la propiedad inscribir los bienes a favor de herederos e interesados respectivos. (Art. 497)

VI) En el plazo de quince días serán presentados los testimonios respectivos a los registros correspondientes y el Notario dará aviso a las oficinas que proceda para los efectos de los trasposos correspondientes. (Art. 497 Segundo Párrafo)

#### A.2.2.2. FASES DEL PROCESO SUCESORIO JUDICIAL INTESTADO

I) Requerimiento por parte de algún interesado justificando su interés con algún documento admitido por la ley, y presentando informe de los registros de la propiedad en que conste que no existe testamento legalmente otorgado por el causante indicando nombres y residencias de los parientes del causante en línea recta, y del cónyuge supérstite, o a falta de ellos de los parientes colaterales dentro del cuarto grado, acompañando toda la documentación relacionada. (Art. 478) En la primera resolución se ordenará la publicación de edictos citando a los que tengan interés en la mortuoria, debiendo publicarse tres veces por quince días en el diario oficial los



cuales contendrán los nombres del solicitante y del causante, el tipo y forma de proceso que se radica, así como lugar, día y hora para la celebración de la junta de herederos ante el Juez competente. (Art. 456).

- II) En la junta de presuntos herederos, expresarán su aceptación y en la misma se decidirá la forma de administrar la herencia yacente, se solicita dictamen a la Procuraduría General de la Nación. (Art. 479-457).
- III) Declaratoria de herederos que se realiza con los atestados del registro Civil que presenten los interesados, y con el dictamen favorable de la Procuraduría General de la Nación. (Art.481). El administrador o el albacea en su defecto dará posesión de la herencia a los nombrados en el auto declaratorio de herederos.
- IV) Las siguientes fases son las mismas con lo indicado para el proceso sucesorio testamentario, en sus numerales romanos IV;V;VI.

#### A.2.2.3. FASES DEL PROCESO SUCESORIO EXTRAJUDICIAL TESTAMENTARIO.

- I) Se facciona acta notarial de requerimiento acompañando la certificación de defunción o la certificación de la declaratoria de la muerte

presunta, los documentos justificativos del parentesco y el testamento, en la primera resolución se manda a publicar tres edictos en el diario oficial por el plazo de quince días, conteniendo los nombres del causante y del solicitante, el tipo y forma del proceso que se radica, lugar, día y hora para realizar la junta de herederos ante el notario, simultáneamente o posteriormente se realizan los avalúos solicitando a la dependencia que corresponda, que se fije el valor de los bienes que son objeto de transmisión hereditaria, el cual se hará constar en el inventario. (Artos. 455-488-489)

II) Se facciona el inventario del patrimonio hereditario, especificando detalladamente los bienes derechos y acciones que constituyen el activo, con su valor actual, y el pasivo formado por las obligaciones, gastos deducibles y las costas que gravan la herencia, y bienes gananciales y litigiosos (Art. 490)

III) En la junta de herederos se dará lectura al testamento, los herederos y legatarios expresaran si aceptan la herencia o legado, y si se reconocen recíprocamente sus derechos hereditarios, el cónyuge superviviente podrá solicitar sus gananciales, por mayoría se decidirá la forma de administrar la

herencia, mientras se hace la partición el notario hará constar lo que quede en posesión de cada uno. Se le da audiencia a la Procuraduría General de la Nación para que se pronuncie al respecto. (Artos. 491-492)

- IV) Con base a lo actuado y con el dictamen favorable de la Procuraduría General de la Nación, el notario resolverá razonadamente reconociendo como herederos y legatarios legales a quienes están instituidos en el testamento, si el Notario lo estima conveniente enviará el expediente a un Juez competente para su homologación, el cual el Juez si lo encuentra en forma lo aprobará sin más trámite. (Artos. 494-495)
- V) El Notario entregará el expediente a la Dirección General de Rentas para practicar la liquidación fiscal, del los impuestos respectivos de acuerdo a la Ley de Herencias Legados y Donaciones. (Art. 496)
- VI) Cancelados los impuestos el Notario compulsará los testimonios respectivos de las partes conducentes a cada uno de los herederos y legatarios debiendo insertar en todo caso los pasajes que contengan el reconocimiento de heredero o legatario, la aprobación de las actuaciones en su caso y la liquidación fiscal. Los testimonios serán presentados a los registros respectivos en un plazo

de quince días, así como los avisos relativos. (Art. 497)

- VII) Cumplidas todas las diligencias correspondientes el notario remite el expediente al Archivo General de Protocolos, salvo que los herederos decidan hacer la partición de los bienes, en éste caso el expediente se enviará hasta que esta operación quede totalmente finalizada. (Art.498)

#### A.2.2.4. FASES DEL PROCESO SUCESORIO EXTRAJUDICIAL INTESTADO

- I) Se facciona el acta notarial de requerimiento, acompañando el certificado de defunción o la certificación de la declaratoria de muerte presunta, los documentos justificativos del parentesco, y las certificaciones de los Registros de la Propiedad en las cuales conste que el causante no ha otorgado testamento, en la primera resolución se manda a publicar tres edictos en el diario oficial por un plazo de quince días, los cuales contendrán los nombres del Causante y del solicitante, el tipo y forma del proceso que se radica, así como lugar día y hora para la celebración de la junta de herederos ante el notario requerido, simultáneamente con la publicación de los edictos se manda a practicar los avalúos correspondientes en los cuales se fije el

valor de los bienes que son objeto de transmisión hereditaria, el cual se hará constar en el inventario. (Artos. 488-489)

II) El Notario faccionará el inventario del patrimonio hereditario, cuidando de especificar detalladamente los bienes derechos y acciones que constituyen el activo, con su valor actual, y el pasivo formado por la obligaciones gastos deducibles y las costas que gravan la herencia, indicando lo relativo a bienes gananciales y litigiosos. (Art.490)

III) En la junta de presuntos herederos el Notario, de acuerdo a los atestados presentados por los interesados, hará la declaratoria de herederos de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil, durante la celebración de la junta, los presuntos herederos previo a declararlos herederos expresarán su aceptación, y si reconocen recíprocamente sus derechos hereditarios, el cónyuge supérstite podrá pedir que se haga constar lo relativo a gananciales, aquí se designará administrador de la herencia. (Artos. 479-481 -491)

IV) El Notario entregará el expediente a la Procuraduría General de la Nación para recabar su parecer. (Art. 492)

V) El Notario facciona el acta notarial de la resolución que contenga el auto declaratorio de

herederos, con vista de lo actuado, de los documentos aportados y del dictamen favorable de la Procuraduría General de la Nación, razonando a quienes reconoce como herederos legales de acuerdo al Código Civil, para la sucesión intestada, si el Notario lo estima conveniente envía el expediente a un Juez competente para su homologación, si éste se encontrare en forma procederá a su aprobación sin más trámite. (Art. 494-495)

VI) El Notario entregará el expediente a la Dirección General de Rentas Internas para que sin más trámite y en base a lo actuado, practique la liquidación de los impuestos respectivos, de acuerdo a lo que estipula la ley de Herencias Legados y Donaciones. (Art. 496)

VII) El Notario compulsará testimonio de las partes conducentes a cada uno de los herederos, debiendo insertar en todo caso los pasajes que contengan el reconocimiento de herederos y legatarios, la aprobación de las actuaciones en su caso, y la liquidación fiscal, y en un plazo de quince días se presentarán los testimonios a los registros respectivos, así como los avisos a las oficinas administrativas relativas. (Art. 497)

VIII) Cumplidas todas las diligencias correspondientes el Notario remitirá el expediente al Archivo General de

Protocolos, salvo que los herederos quieran realizar la partición en éste caso el expediente se enviará hasta que ésta operación quede totalmente terminada.  
(Art. 498)

## B. DISCERNIMIENTO

### B.1. DEFINICIÓN

En sentido común la palabra discernimiento significa diferenciar el bien del mal, sin embargo para cuestiones jurídicas Manuel Ossorio nos dice: "Esta palabra tiene dos acepciones una de ellas puramente forense la de apoderamiento judicial que habilita a una persona para ejercer un cargo, por eso discernir significa encargar de oficio el Juez a uno la tutela de un menor u otro cargo."<sup>52</sup> El mismo tratadista define la palabra discernir así: "Encargar el Juez a otra persona el ejercicio de un cargo o función especialmente la tutela o curatela"<sup>53</sup>. Atendiendo a las definiciones anteriores definimos el discernimiento de la siguiente forma: "Es la investidura que otorga el Juez a una persona y que la habilita para ejercer un cargo jurídico que le hubiere sido encomendado"

## C. LAGUNA DE LEY

### C.1. DEFINICIÓN

Cuando no existe una norma jurídica aplicable a un caso específico nos vemos en el problema de laguna legal o laguna de ley, se aceptó mas el término de

---

<sup>52</sup> Ossorio, Manuel. Op. Cit. Pág. 257

<sup>53</sup> Ibidem.

laguna de ley, porque laguna legal se interpreta como laguna que esta legalizada, mientras que la otra acepción si indica claramente que es una laguna de ley o sea un vacío que no tiene un regulación jurídica exclusiva para solucionar el problema. Manuel Ossorio define lagunas legales y dice: " No siempre la ley contiene normas que pueden ser aplicables a determinados casos o problemas de hecho; en otros términos, existen problemas que no pueden ser subsumidos en una norma legal. A esa imprevisión o a ese silencio de las leyes es a lo que se le llama Lagunas Legales. Si la función específica de los jueces consiste en la aplicación de la ley a los casos concretos sometidos a su jurisdicción, se les plantearía el problema de la imposibilidad de sentenciar por carecer de norma aplicable. Ante tan difícil situación, se ha tenido que buscar una solución que es dispar según el fuero de que se trate. Así en materia civil -y por extensión en materia laboral o contencioso administrativa- esta prohibido a los jueces, so pena de incurrir en responsabilidad, dejar de resolver alegando el silencio o la omisión legislativa, dificultad que han de salvar mediante la aplicación analógica de otras leyes, de los principios generales del derecho o de la simple equidad.



Contrariamente en materia penal, las lagunas legales, es decir el silencio de la ley, no puede ser sustituido ni por aplicación analógica, ni por el recurso a los principios generales del derecho, ni por los conceptos derivados de la equidad; porque en ese fuero se impone el principio fundamental de que no hay delito ni pena sin previa ley que establezca, de donde resulta la ineludible necesidad de absolver al imputado<sup>54</sup>. En nuestra legislación se prevé esta situación en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial que indica: "La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia establecida conforme a la ley la complementará. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada" como vemos cuando una situación se presenta acudimos a la jurisprudencia y a la costumbre, sin embargo el artículo 23 del mismo cuerpo legal nos dice: "Las deficiencias de otras leyes se suplirán por lo preceptuado en título I de la presente ley" y el título I trata de Normas Generales por lo que también se puede aplicar supletoriamente las normas generales cuando un caso no tenga una regulación jurídica específica.

---

<sup>54</sup> Idem. Pág. 415

C.2. LAGUNA DE LEY EXISTENTE DENTRO DEL PROCESO SUCESORIO EN SUS CUATRO MODALIDADES.

En nuestro ordenamiento jurídico procesal civil no está claramente determinado el momento específico en que debe discernirse el cargo del albacea, como consta en las fases que conlleva cada uno, por consiguiente no indica en qué momento se legitima para ejercitar su actividad, puesto que solamente por medio de un discernimiento del cargo de albacea, ordenado por Juez competente puede una persona ejercitarse como tal, ya sea porque fue nombrada en el testamento por el De Cujus, o nombrada judicialmente conforme a la ley, por lo cual es requisito sine qua non, que haya una orden de Juez competente para discernir el cargo del albacea o executor testamentario, con el consiguiente efecto de darle posesión del cargo, documento con el cual estará legalmente acreditada su personería para ejecutar los actos que de acuerdo a los derechos y obligaciones que conlleva el cargo deba realizar el Albacea. En nuestra legislación se indica en el artículo 462 del Código Procesal Civil y Mercantil que en la junta de herederos se dará a conocer el albacea, entonces se infiere que en un momento procesal anterior a la junta de herederos ya se legitimó al albacea por medio del discernimiento, lo que no ha sido así, evidentemente existe poca objetividad en dicha norma jurídica, porque en esa junta lo que se hace es dar a conocer al "presunto albacea" o sea que se da a conocer a la persona propuesta como albacea ya sea

testamentario o judicial, y normalmente en la misma resolución se manda a solicitar autorización al Juez para que un Notario discierna el cargo en caso de proceso extrajudicial, o se le discierna el cargo por parte del Juez en caso de proceso judicial, sin embargo para que tome posesión del cargo respectivo, es necesario que sepa qué bienes son los que tiene que administrar, y para el efecto se debe tener el inventario respectivo, donde se individualice todos y cada uno de los bienes derechos y obligaciones que tiene el causante, para que en base a ello el albacea realice todas las funciones relativas al desempeño de dicho cargo, y de esa forma evitar la promoción de incidentes para que el Juez declare qué bienes son los administrados por el albacea y en que momento se inició el albaceazgo.

El artículo 455 del Código Procesal Civil y Mercantil indica lo siguiente: "(radicación del proceso sucesorio) Pueden promover el proceso sucesorio los que tengan interés en la herencia, tales como el cónyuge supérstite, los herederos, el Ministerio público, los legatarios, los acreedores, el albacea o por otro concepto similar", como podemos observar en éste artículo nuestro ordenamiento jurídico indica que el albacea ya nació a la vida jurídica aún antes de radicar el proceso sucesorio, lo que en la realidad objetiva no se puede dar porque como hemos determinado el discernimiento del cargo y la toma de posesión del mismo, no se han diligenciado por lo cual

no existe albacea todavía y se prueba con la ausencia del acta notarial de discernimiento del cargo o la resolución judicial respectiva, porque si se apersona al órgano jurisdiccional como albacea debe acreditar su personería lo cual no puede hacerlo, porque sencillamente, no tiene la legitimación necesaria para comparecer a promover acciones a los órganos jurisdiccionales porque en nuestra legislación no está regulado el momento específico de discernir el cargo del albacea ni el momento y forma de darle posesión de dicho cargo, entonces deviene impertinente la facultad que se le otorga en esta norma jurídica al albacea para radicar proceso sucesorio por los motivos ya expuestos. Sin embargo debido al principio de supletoriedad que informa el proceso civil en casos de laguna de ley, se aplican leyes análogas, y en este caso si el proceso es extrajudicial la parte interesada puede solicitar al Juez competente para que le encomiende a un notario discernir el cargo respectivo, al tenor de lo que indica el artículo 33 del Código Procesal Civil y Mercantil el cual dice: "(Notarios) El Juez podrá a instancia de parte encomendar a un notario la realización de determinados actos incluso notificaciones y discernimientos", esta norma jurídica faculta a los notarios para realizar dichos actos, pero el momento específico en que debe hacerse el discernimiento por ser indeterminado tampoco puede ni debe hacerse antes de

radicar el proceso sucesorio respectivo, porque es ilógico y por demás ilegal desde le punto de vista procesal, hacer un inventario de los bienes derechos y obligaciones del causante antes de iniciar el proceso sucesorio, porque dicho acto jurídico es parte del proceso mismo, y lo consignado en dicho inventario es la base de la ejecución que debe realizar el albacea, por lo que consideramos imposible el derecho subjetivo que otorga dicha norma jurídica al albacea, es mas factible que dicha norma jurídica se reforme e indique que el "presunto albacea testamentario" puede radicar proceso sucesorio calidad que probará con el primer testimonio del instrumento público que contenga el testamento o en su defecto con la copia simple legalizada respectiva, donde el testador lo proponga como albacea de la mortual relativa.

El artículo 1050 del Código Civil expresa lo siguiente:  
Las facultades y atribuciones de los albaceas. Además de las que designe el testador serán las siguientes: 1a. disponer y pagar los funerales del testador, con arreglo a lo ordenado por este y en defecto de tal disposición, según las costumbres del lugar y las posibilidades de la herencia", encontramos en este precepto jurídico la obligación que tiene el albacea de pagar los funerales del testador, pero el albacea sabrá que tiene tal calidad hasta que se haya radicado el proceso sucesorio y el Juez competente le haya discernido el cargo o en su defecto haya

ordenado a un notario el discernimiento respectivo, lo cual obviamente será después de inhumado el causante, por lo cual, el albacea no podrá disponer y pagar los funerales del testador con arreglo a lo ordenado por éste, porque cuando el albacea tome posesión del cargo será mucho tiempo después de la muerte del causante, por lo cual es imperativo regular jurídicamente dentro de nuestro derecho procesal civil el momento específico en que debe nombrarse, discernirse el cargo y toma de posesión del mismo, para evitar problemas jurídicos en cuanto a la rendición de cuentas que debe prestar el albacea por su administración, porque las mismas deben documentarse legalmente desde el momento en que el albacea toma posesión del cargo, pero como nuestro ordenamiento jurídico no indica con precisión el momento procesal específico para realizar dicho acto jurídico procesal, esta laguna de ley, seguirá causando problemas procesales en cuanto a la comisión objetiva del albaceazgo.

El artículo 491 del código Procesal Civil y Mercantil preceptúa que la administración de la herencia en los casos de sucesión intestada, se decidirá por mayoría, haciendo constar el notario que bienes le quedan en administración a cada uno de los herederos, lo que resuelve el problema del mantenimiento de la masa hereditaria, porque como indicamos el albacea es un cargo específico de la sucesión testamentaria, por lo que queda claro que en sucesión intestada es el administrador el responsable de la herencia yacente.

Por lo anteriormente expuesto y analizado, concluimos con

que hemos demostrado y comprobado nuestra hipótesis por lo cual afirmamos: "NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO ADJETIVO CIVIL NO INDICA EXPRESAMENTE EL MOMENTO PROCESAL PARA DISCERNIR EL CARGO DE ALBACEA DENTRO DEL PROCESO SUCESORIO LO CUAL GENERA UNA LAGUNA DE LEY CAUSANTE DE CONFLICTOS JURIDICOS. PROVOCANDO UN DESGASTE ECONÓMICO A LOS INTERESADOS Y CARGANDO DE TRABAJO A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES"

### CONCLUSIONES

- 1) La laguna de ley en cuanto a la no regulación jurídica del momento procesal para discernir el cargo de albacea se suple con la promoción de un incidente de nombramiento judicial de albacea dentro del proceso sucesorio contencioso, lo cual genera trabajo innecesario a los órganos jurisdiccionales, con el consiguiente desgaste económico para los interesados.
- 2) La laguna de ley en cuanto a la no regulación jurídica del momento procesal para dar posesión del cargo al albacea trae pérdidas económicas a los herederos e interesados en la mortual, por cuanto el albacea debe rendir cuentas desde el momento en que legalmente tome posesión del cargo.
- 3) El albaceazgo se ejerce sólo en procesos sucesorios testamentarios.
- 4) En los procesos sucesorios AB INTESTATO se ejerce sólo administración de bienes.



### RECOMENDACIONES

- 1) Se reforme el artículo 455 del Código Procesal Civil y Mercantil y quede así: "(Radicación del proceso sucesorio)

Pueden promover el proceso sucesorio los que tengan interés en la herencia, tales como el cónyuge supérstite, los presuntos herederos, la Procuraduría General de la Nación, los presuntos legatarios, los presuntos acreedores, el presunto albacea o por otro concepto similar.

Con el memorial de radicación se acompañaran el certificado de defunción o la certificación de la declaratoria de muerte presunta, los documentos justificativos del parentesco y el testamento si lo hubiere que los instituya como presuntos herederos, presuntos legatarios, o presunto albacea. Salvo que los interesados lo presentaran, el Juez o el Notario pedirán el informe al registro respectivo, sobre si existen o no testamentos o donaciones por causa de muerte otorgados por el causante."

- 2) Que el artículo 482 del código Procesal Civil y Mercantil se reforme y quede así: "(Junta de herederos) Siendo parte legítima el que pida la apertura del proceso, el Juez lo tendrá por radicado y convocara a los interesados a una junta citándolos por medio de los edictos previstos en el artículo 458. En dicha audiencia se dará lectura al testamento, los herederos y legatarios expresarán su

aceptación, se mandara a realizar los avaluos y a practicar el inventario, se discernirá el cargo al albacea testamentario quien lo aceptara inmediatamente y tomara posesión del mismo cuando se haya aprobado el inventario en caso de no haber albacea y ser necesario se procedera a su nombramiento de acuerdo con lo dispuesto en el código Civil. El heredero que no concorra a la junta podrá presentarse por escrito exponiendo lo que convenga a su derecho."

- 3) Se debe reformar el artículo 1050 en su numeral 1a. y debe quedar así: "1a. debe pagar todos los gastos de los funerales del testador, a quien los haya realizado en su momento oportuno."

## BIBLIOGRAFIA

- CABANELLAS Guillermo. Diccionario de derecho usual Editorial Hellasta.
- CALAMANDREI, Piero. El Proceso Civil. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1945.
- CASTAN TOBEÑAS Jose. Derecho Civil Español Editorial Reus S.A.
- ESPIN Diego. Manual de Derecho Civil Español Tercera Edición Editorial Revista de Derecho Privado Madrid 1970.
- GUASP, Jaime. El Arbitraje en el Derecho Español. Bosch, Casa Editorial Urgel, 51 bis Barcelona.
- PUIG PERA Federico. Compendio de Derecho Civil Español Tercera Edición Ediciones Pirámide S. A. Madrid.
- ROCCO, Alfredo. Leyes Procesales. Editorial Stylo. México, D. F.
- ROGINA VILLEGAS Rafael. "Compendio de Derecho Civil" Décima Edición. Editorial Porrúa S. A. Av. República Argentina 15 México 1 D.F. 1978.
- MIRANDA RODAS Rafael. Tesis de Graduación Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales USAC "El Problema de la Pérdida o Destrucción del Testamento Cerrado" 1986.

## LEYES

- 1) Constitución Política de la República de Guatemala.
- 2) Código Civil. Decreto Ley 106
- 3) Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107.
- 4) Código de Notariado Decreto Legislativo 314
- 5) Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89
- 6) Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala.
- 7) Ley del Impuesto de Herencias Legados y Donaciones.