

135
21



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

AUSENCIA DE REGULACION DEL DERECHO DE
ACRECER EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE GUADALUPE / FELIPE SANTIAGO

ASESOR: LIC. JUAN MANUEL HERNANDEZ ROLDAN

MEXICO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1997



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A DIOS.

GRACIAS POR PROPORCIONARME
LA MARAVILLOSA EXPERIENCIA DE LA VIDA.

A LA STMA. VIRGEN DE GUADALUPE.

GRACIAS POR HABERME SALVADO Y ESTAR CONMIGO
SIEMPRE QUE LE HE NECESITADO.

A MIS PADRES, GERMANIA Y FRANCISCO.

QUIENES CON SU EJEMPLO Y CONSEJO SIEMPRE
ME HAN APOYADO Y TAMBIEN DEBO LO QUE HASTA AHORA SOY,
CON TODO RESPETO, COMO TESTIMONIO DE MI GRATITUD.

A MIS HERMANOS, JESUS, FRANCISCO, ALMA DELIA Y RAUL.

CON EL DESEO DE QUE DENTRO DE POCO ESTEMOS
COMPLETAMENTE INTEGRADOS, TIENEN MI CARIÑO Y ESTIMACION.

A MI ABUELITA AUSENCIA.

IN MEMORIAM

QUIEN FALLECIO DURANTE LA REALIZACION
DEL PRESENTE TRABAJO, GRACIAS POR HABERME DEJADO
CONOCERTE, ASI COMO POR TU EJEMPLO DE FORTALEZA Y AMOR.

A MI FAMILIA DE CIUDAD IXTEPEC, OAXACA.

QUIENES AUN EN LA DISTANCIA SIEMPRE HAN ESTADO CONMIGO
Y ME EXPRESAN SU CARIÑO.

AL LICENCIADO DON JUAN MANUEL HERNANDEZ ROLDAN.
GRACIAS POR BRINDARME PARTE DE TU TIEMPO PARA
LA DIRECCION DEL PRESENTE TRABAJO, AGRADECIEN-
DO TU AMISTAD, APRECIANDO EN TI A UN
DISTINGUIDO PROFESIONISTA Y JURISTA.

AL LICENCIADO DON ANDRES JIMENEZ CRUZ.
GRACIAS POR DARME MI PRIMERA OPORTUNIDAD
PROFESIONAL, SU ENSEÑANZA Y CONSEJOS ME SERAN
MUY UTILES, RECONOCIENDO SU ENORME CAPACIDAD
COMO JURISTA Y DISTINGUIDO NOTARIO PUBLICO.

AL LICENCIADO DON JOSE ANTONIO ALEJANDRO MEDINA FLORES.
GRACIAS POR HABER DESPERTADO EN MI LA INQUIETUD
DE QUERER LLEGAR A SER UN DIA ABOGADO.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON.
POR TENER EL ORGULLO DE HABER OBTENIDO MI
FORMACION PROFESIONAL EN SUS AULAS, DE IGUAL
FORMA MI RECONOCIMIENTO Y AGRADECIMIENTO A
MIS PROFESORES Y MAESTROS QUIENES SIN EGOISMOS
COMPARTIERON SUS CONOCIMIENTOS CONMIGO.

A MIS AMIGOS.

A QUIENES LLAMO DE ESTA MANERA, AGRADECIENDO EL
HONOR DE QUE ME CONSIDEREN DE IGUAL FORMA,
PERMITIENDOME NO SEÑALAR SUS NOMBRES YA QUE NO
ME GUSTARIA DEJAR A NADIE FUERA, GRACIAS POR
BRINDARME SU DESINTERESADA AMISTAD Y ESTAR
CONMIGO INCONDICIONALMENTE.

AUSENCIA DE REGULACION DEL DERECHO DE ACRECER
EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

I N D I C E.

INTRODUCCION..... I

CAPITULO PRIMERO.

MARCO HISTORICO DE REFERENCIA.

A.- DERECHO ROMANO.....	1
B.- DERECHO ESPAÑOL.....	8
C.- DERECHO MEXICANO.....	24

CAPITULO SEGUNDO.

MARCO TEORICO CONCEPTUAL.

A.- LA SUCESION MORTIS CAUSA.....	37
B.- TESTAMENTIFICACION.....	45
1.- LA INSTITUCION DE HEREDERO.....	71
2.- LA INSTITUCION DE LEGATARIO.....	85
C.- LA SUSTITUCION DE HEREDERO.....	88
D.- LA CADUCIDAD DE TESTAMENTO.....	94
E.- LA ACEPTACION DE LA HERENCIA.....	96
F.- LA REPUDIACION DE LA HERENCIA.	101

CAPITULO TERCERO.

**LA NO REGULACION DEL DERECHO DE ACRECER EN EL CODIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL.**

A.- PROPUESTA DE REGULACION.....	106
1.- EN LA SUCESION TESTAMENTARIA.....	109
2.- EN LA SUCESION LEGITIMA.....	111

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

I N T R O D U C C I O N .

En el presente trabajo se señalara la necesidad de que sea regulada en forma adecuada en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, la figura jurídica del Derecho de Acrecer, ya que aunque el referido Código nos hace mención en dos artículos de dicho derecho, éste no se encuentra debidamente regulado, ni los casos, ni las condiciones bajos los cuales opera.

La operatividad del Derecho de Acrecer se dará fundamentalmente en materia de Sucesiones, aunque puede ser regulado en materia de Contratos, ya que una de las menciones que se hace del mismo en la legislación civil es dentro de la regulación del Contrato de Donación.

Es conveniente señalar que este Derecho de Acrecer, se presentará cuando una persona por virtud de su disposición testamentaria establece que habiendo instituido a dos o mas coherederos o colegatarios, para el caso de que alguno de estos no pudiere o no quisiere heredar o adquirir la parte que le corresponde; en cuyo caso pasará a los coherederos o colegatarios que si quieren o no se ven impedidos para hacerlo; situación que en la práctica acontece frecuentemente por voluntad expresa del testador y que nuestro Código Civil no contempla de forma precisa.

II

En el primer capítulo, estudiaremos brevemente los antecedentes de la figura en cuestión en el Derecho Romano, en el Derecho Español y en el Derecho Mexicano, dentro del marco que existió en materia de Sucesiones, estableciendo las bases en que operó en diversos momentos y analizando algunos aspectos de la evolución en materia sucesoria.

Dentro del segundo capítulo, se abordará la sucesión mortis causa y la forma en la que se trasmite el patrimonio de una persona después de su muerte a sus sucesores, por su voluntad expresa o por disposición de la ley, así como diversos temas vinculados con el Derecho de Acrecer, que son figuras que tienen características propias, pero diferentes de aquella, las cuales se encuentran vinculadas entre sí y sin ellas no podría existir inclusive, mismas que coexisten dentro de una sucesión.

En nuestro tercer capítulo, estableceremos la necesidad de la existencia de diversos artículos en los cuales se funde el Derecho de Acrecer, así como las bases de su operación y regulación, manifestando nuestro criterio tanto en la Sucesión Testamentaria, como en la Sucesión Intestamentaria o Legítima.

Es importante que exista expresamente regulado en nuestra legislación, el Derecho de Acrecer ya que al estar

III

establecida en la Ley tal figura, el testador podrá ver cumplida con fidelidad su voluntad y se observará que se cumple con una función del derecho a la propiedad privada de un individuo, consistente en que esta facultado para poder trasmitirla, perfeccionandose la misma, toda vez que el propietario ejerce su derecho de disposición.

CAPITULO PRIMERO

MARCO HISTORICO DE REFERENCIA

A. DERECHO ROMANO

De acuerdo a lo establecido en los principios generales de Derecho que rigen la actividad del hombre y a partir del surgimiento del derecho a la propiedad privada, existe la transmisión hereditaria del Patrimonio de una persona después de su fallecimiento, es decir, la sucesión mortis causa de la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones de los cuales es titular y que no se extinguen por su deceso, en tal campo habremos de localizar la ubicación del tema a desarrollar en el presente trabajo, siendo un aspecto que opera en dicha materia y que desde tiempos anteriores ha venido aconteciendo.

Tengamos presente que en la antigua Roma no existía originariamente la posibilidad de la transmisión de un patrimonio por causa de muerte de una persona en particular, ya que la propiedad familiar y los objetos materia de propiedad y posesión eran transmitidos a ésta y detentados por el Pater Familia quien resultaba ser un administrador de ellos, conceptualizándose así una copropiedad de carácter familiar.

Posteriormente surgirá la propiedad individual, de la familiar y con ello la posibilidad de que un individuo realice u

otorge Testamento, acto por el cual dispone del patrimonio para después de su muerte, pero teniendo en cuenta que dicha transmisión ya fuere familiar o individual, sería a título universal, ya que comprendería la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que componen el activo y pasivo de la sucesión, conceptualizado lo que se conoce como Herencia, tal como lo señala Antonio de Ibarrola: "...un conjunto de DERECHOS (res incorporales) , un NOMEN JURIS: un patrimonio con todos los bienes que lo componen..." (1).

A partir del surgimiento de la figura del Testamento que se registra en las XII Tablas, éste llegó a ser costumbre en Roma, considerándose que el fallecer intestado era una falta, prevaleciendo entonces la sucesión testamentaria sobre la legítima, por el abuso que se presentaba por parte de los testadores al excluir a sus parientes cercanos, se consideraba como una falta a los deberes de la familia, por ello el testamento que descuidaba esta situación se estimaba como: contra officium pietatis y por tanto declarado inoficioso, pudiendo los herederos legítimos intentar una acción denominada: querella inofficiosi testamenti, es así que crearon disposiciones que señalaban cierta obligatoriedad de dejar en favor de determinadas personas ciertos bienes, como habrá de señalarse en la Novela ciento quince de Justiniano, donde se prescribe que los ascendientes y los descendientes debían ser necesariamente herederos y solo podían ser desheredados por motivos graves y determinados.

(1) Ibarrola, Antonio de. COSAS Y SUCESIONES. México, Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición, 1991, p. 657

El derecho de acrecer, es un aspecto dentro de la materia sucesoria, que consiste a grandes rasgos en el aumento de la parte que habrá de corresponder a uno o mas coherederos que concurren a una Sucesión, dándose un presupuesto de existir dos o mas causahabientes, coherederos o colegatarios de una persona, al concurrir a sucederle y en razón de que alguno de aquellos no pueda por incapacidad o no quiera adquirir por voluntad propia, por repudio, o premorencia, de la parte alicuota que le corresponde, la cual se trasmite en favor del o los coherederos o colegatarios que si desean adquirir y no se encuentran en un supuesto que no les permita adquirir, es como tal la acción y el efecto de acrecer.

Este derecho, tendrá su fundamento en el principio según el cual los herederos continuadores de la persona autora de la Sucesión, tienen en virtud de su misma calidad de herederos derecho por si a la totalidad de la sucesión. Si hay dos herederos o más, instituídos cada uno delimita el derecho del otro (concurso partes fiunt) pero si uno desaparece, el derecho del otro no queda limitado y produce todo su efecto. El acrecimiento no es más que el desarrollo natural de la institución, que tiene en ella el poder de hacer recoger al heredero la totalidad de la sucesión, si no encuentra ningún derecho rival del suyo. Aunque en diversidad de textos de Derecho Romano se hablará de este derecho como: "el derecho de no decrecimiento o disminución", siendo estos términos extraños a los textos clásicos de la materia.

Es así, que este acrecimiento se produce en el Derecho Romano, tanto en la Sucesión Testamentaria, como en la Intestamentaria, en el caso de la primera operaba cuando el testador no establecía substituto c no había dispuesto de esa parte de la herencia, siendo la adquisición forzosa para el heredero ya que no podía renunciar a ella.

Por cuanto hace a la sucesión Intestamentaria, habrá de señalarse que se presentaba en proporción a las partes que deberían recibir originalmente los restantes coherederos, teniendo presente que no existía la *successio graduum* lo que significa que si existen dos o más coherederos en el mismo grado y uno de ellos renuncia o se viere incapacitado para adquirir la masa hereditaria, su parte no la transmitirá a sus propios herederos, si no que favorecerá a los otros coherederos.

Aunque diversos autores como lo señala Nina Ponssa de la Vega de Miguens, en su libro: "El derecho de las Sucesiones en Roma", tales como Maynz, dirán que: "...tal acrecimiento no operaba en la sucesión Intestamentaria en los casos de hijos naturales o viuda indigente..." (2).

En la sucesión Testamentaria existirán dos supuestos; al decir del primero, cuando el testador dispuso solamente de una parte de su herencia, rige el principio romano conocido como:

(2) Ponssa de la Vega de Miguens, Nina. EL DERECHO DE LAS SUCESIONES EN ROMA, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1981, p. 104

"nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest", en el cual de existir un solo heredero instituido en la sucesión ab intestato o intestamentaria no tiene lugar; por el contrario, si existieren varios de éstos la parte correspondiente al omitido se abrirá la sucesión intestamentaria y concurrirá con la testamentaria, estableciendo como consecuencia que la parte de la herencia que no ha sido dispuesta por el testador, acrece la cuota de los demás. En cuanto al segundo supuesto, será para el caso en el cual el testador dispone de la totalidad a favor de los instituidos, en el supuesto de que alguno de ellos muere, renuncia o se vuelve incapaz de heredar, la parte que le corresponde pasará a sus coherederos.

Por cuanto hace a las disposiciones a título particular como lo son los legados traslativos de propiedad, los romanos establecían diversas distinciones entre ellos, ya que existían legados per vindicationem, per proceptionem, los per damnationem y los sinendi modo, en los dos primeros el derecho de acrecer se extendía al todo, sin interesar que hubiesen sido designados los colegatarios en una misma frase o en frases separadas (coniunctim o disiunctim) en tanto en los otros dos el derecho de acrecer no existía.

En la sucesión testamentaria existirá un carácter restrictivo, a partir de la institución que realizará el testador de acuerdo a las siguientes hipótesis:

1).- Cuando el testador instituye a varios coherederos, excluyendo expresamente a otros mediante el uso verbal de la conjunción et (re et verbis coniunctio) y les asigna una misma parte en común para todos, el derecho de acrecer se regula entre los expresamente designados, por ejemplo: Son nombrados TICIO, MEVIO y SEMPRONIO, y TICIO no llega a adquirir su parte, acrece a MEVIO únicamente. Solamente si ambos (TICIO y MEVIO) no llegan a heredar su parte engrosara la de SEMPRONIO.

2).- Si la conjunción et no hubiera sido dispuesta expresamente por el testador pero interpretando su voluntad resulta la intención de instituir a varios en una misma porción, los juristas establecen que acrecen los herederos nombrados en forma conjunta (re coniunctio). Por ejemplo: TICIO tiene mitad de una parte, CAYO la misma parte que TICIO, SEMPRONIO tiene la mitad de la porción, si uno de ellos renuncia o no hereda acrecen los demás en forma proporcional.

3).- No se adopta en cambio este criterio cuando la institución se refiere a cuotas diferentes (verbis coniunctio) ya que en este caso no habrá comunidad de herederos, si no solamente en forma aparente, por ejemplo TICIO hereda una cuota determinada y CAYO y MEVIO serán herederos por partes iguales del resto.

Es importante hacer notar, que a partir de las leyes Iulia et Papia Poppaea, se modificó el sistema del acrecimiento en la sucesión testamentaria, como consecuencia de la prohibición

para heredar que pesaba sobre los célibes (solteros), los casados sin hijos o los viudos en las mismas condiciones, las porciones que les corresponderían se consideraban caducas (caducae) y pasarían a acrecer la porción de los coherederos testamentarios que tuviesen hijos o a los colegatarios que también los tuvieran o por último al Fisco, todo ello, en términos de la legislación matrimonial impuesta en la época del emperador Augusto que para castigar a los célibes y beneficiar a las familias fecundas impedía a aquellos la adquisición de todo o parte de las cuotas hereditarias que se les atribuyesen en un testamento y reducía los legados entre marido y mujer cuando excediesen cierta medida, asignando los bienes que quedaban vacantes (caduca) a los casados con prole que hubiesen sido contemplados en el mismo testamento aunque estos hubiesen sido instituidos como legatarios.

Es así, que los bienes caducos estaban sustraídos al derecho de acrecer de los herederos testamentarios ya que se les aplicaba la *caducorum vindicatio*, pasando por sus gravámenes, en los términos anteriormente expresados, sin embargo, se respetaba el derecho tradicional de acrecer denominado *ius antiquum*, a favor de los descendientes y ascendientes del difunto hasta el tercer grado instituido en el testamento.

Durante la época del Derecho Clásico Romano, el régimen del derecho de acrecimiento o de acrecer, se mantiene para los ascendientes y descendientes en tercer grado, para las sucesiones ab intestato y para el testamento militar. En tanto en la época de

Justiniano, se dejarán sin efecto las disposiciones de las leyes caducarias y se establecerán nuevos principios por los cuales, el derecho de acrecer sería aplicable a todos los coherederos testamentarios a prorrata de sus porciones hereditarias. Sin embargo, si son instituidos en la misma porción que el heredero excluido, debe darse preferencia a los instituidos *re et verbis coniuncti* y luego a los *re tantum coniuncti*, mientras que los *rei verbis coniuncti* no tienen preferencia alguna, restaurando así el *jus antiquum in caducis*. Siendo en el Derecho Justiniano que se verifica el acrecimiento *cum onere* es decir con todas las cargas testamentarias.

B. DERECHO ESPAÑOL

Dentro de la antigua Legislación Española encontraremos al Fuero Juzgo, que se componía de algunas costumbres germánicas, leyes romanas y canones de varios concilios y que por virtud de la Cédula Real de 15 de julio de 1778, se estableció que deberían los tribunales arreglarse a disposiciones del Fuero Juzgo en las sucesiones de bienes.

Posteriormente, por razón histórica de la Reconquista Española, fueron retomadas diversas concepciones anteriores en materia sucesoria, ya que resurgen elementos germánicos y populares sobre los del sistema romano y así se considera a la sucesión a decir de Antonio de Ibarrola en: "...una pluralidad de masas hereditarias, sobre las cuales el derecho de disposición es

limitado y variable y que en caso de sucesión ab intestato siguen diferente trayectoria..." (3), ya que preponderan en los diversos fueros el homenaje al interés de las familias, la herencia forzosa, conservando cierta autonomía la voluntad del causante.

Durante la vigencia de Las Partidas, que se componían de leyes de Derecho Romano, capítulos de derecho canónico, autoridades de los Santos Padres y algunas leyes de los diversos fueros, por las cuales se introducen los principios Romanos en materia sucesoria que habían sido olvidados, con la influencia de disposiciones canónicas, y se establecía que cada heredero tenía vocación por la totalidad de la herencia, limitada únicamente por el Derecho de los otros coherederos, surgiendo esta como consecuencia, si desaparecía alguno de aquellos.

Con posterioridad, surgirá el Ordenamiento de Alcalá, colección de leyes de Castilla promulgadas en el siglo XIV en las Cortes de Alcalá de Henares, por el cual en materia de sucesiones y con una orientación canonista se respeta la voluntad del causante, se da mayor flexibilidad y sencillez a los testamentos y se rechaza la incompatibilidad entre las sucesiones testada y legítima, expresándose además la necesidad de establecer la institución de heredero.

(3) Ibarrola, Antonio de. Ob Cit. p. 1043

Teniendo como base que el Tribunal Supremo afirmó en una Sentencia de fecha 8 de junio de 1869, que la ley primera del Ordenamiento de Alcalá, derogó el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada. Siendo base de lo anterior lo establecido en el artículo 764 del Código Civil Español en vigor, el cual dispone que: "El testamento sera válido aunque no contenga institución de herederos, o esta no comprenda la totalidad de los bienes...; en este caso se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos". Esta disposición es indudablemente contraria al principio de la incompatibilidad en una misma sucesión de herederos testados e intestados y termina con el predominio del nomen sobre la asignatio por lo cual el artículo 768 manifiesta que: "el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario".

En relación al Código Civil Español actual, el cual contiene en su articulado la presencia del derecho de acrecer, disponiendo que operará tanto en la sucesión testamentaria, como en la intestada y en la legítima y no solo en la sucesión a título de herencia, sino también a título de legado, teniendo elementos propios y particulares de su existencia, así como de su razón de ser, a decir de Antonio Hernández Gil, en sus Obras Completas, dichos elementos son los siguientes: "...1º Pluralidad de llamamientos; 2º Igualdad en el título o fundamento de la

sucesión, y 3º Existencia de una o varias porciones vacantes..."
(4).

El fundamento por el cual se ha tratado de explicar el derecho de acrecer dentro de la doctrina según los autores, se refieren a dos corrientes: la voluntarista o tradicional y la objetiva y otros más señalan que carece de una adecuada justificación, a decir de la primera se establecerá que será por virtud de la voluntad presunta del testador, ya que es reconocible por vía de la interpretación a partir de determinados datos, toda vez que al existir una pluralidad de herederos, sin especial designación de partes, ha de presumirse que de no existir los demás el testador habría dejado la totalidad de la herencia a cualquiera de ellos, de ahí, que al faltar alguno tenga lugar el acrecimiento respecto de los otros.

En relación con la concepción objetiva que tiene diversas manifestaciones, como lo es que su fundamento es la propia Ley o que la base del derecho de acrecer radica en la unidad del objeto, la mayoría de los autores consideran conveniente denominar a un llamamiento solidario, es decir, de todos al todo, a partir que la concurrencia es lo que determina que sea imposible de hecho que cada uno se haga dueño del todo a que tendría derecho; el derecho de cada uno es comprimido por el

(4) Hernández Gil, Antonio. OBRAS COMPLETAS, DERECHOS REALES, DERECHO DE LAS SUCESIONES; TOMO IV, Madrid, Espasa Calpe, 1989, p. 567

de los demás y cuando tal compresión cesa, recobra aquel su natural extensión.

Según Antonio Hernández Gil, su fundamento se encontrará: "...en otros principios del derecho sucesorio, mas allá del derecho de acrecer en sí. La razón de ser última en que se basa el derecho de acrecer, por lo que se refiere a la sucesión testamentaria, se encuentra en la fidelidad a la voluntad del testador. Ante la falta de algunos llamados, se es más fiel a esa voluntad distribuyendo su parte entre los que restan que dando entrada a personas distintas no designadas por el causante. En la sucesión intestada el derecho de acrecer se conexas con la regla general de que el pariente mas próximo en grado excluye al más remoto" (5).

Dicho autor añade que el derecho de acrecer cumplirá con una finalidad práctica y económica de impedir el excesivo fraccionamiento del derecho real de propiedad, insistiendo en que las críticas vertidas en contra de tal derecho son poco consistentes ya que aunque puede existir cierto peligro y pueden haber abusos, nada significa en contra de su bondad intrínseca y que no tiende a desaparecer tal como lo prueba el hecho de que subsiste tal figura en el ordenamiento jurídico de aquel país, afirmación con la que estamos de acuerdo.

(5) Hernández Gil, Antonio. Ob. Cit. p. 570

En otro sentido se manifiesta Antonio Cicu, al referirse: "...Uno de los puntos mas defectuosos de la regulación del Código Civil en materia de sucesiones es el relativo al derecho de acrecer..." (6).

De tal forma que el actual Código Civil Español, regula dicha figura en sus artículos del 982 al 990 inclusive, en el cual se encontraran los supuestos siguientes:

Con relación a la sucesión testamentaria se habrá de presentar de acuerdo al artículo 982 el requisito indispensable de que dos o más personas sean llamadas a la misma herencia o a una misma porción de ella, además de un llamamiento que también se denomina vocación solidaria, siendo necesario sea llamados al todo representado por la herencia o por una porción de la misma, sin especial designación de partes, el llamamiento de todos al todo (aspecto positivo) aparezca definido de una manera negativa, estimándose que existe cuando no hay una especial designación de partes.

El artículo 983 de la Legislación indicada, establece una situación particular como indica el párrafo primero: "se entenderá hecha la designación por partes solo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada

(6) Cicu, Antonio. EL TESTAMENTO. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 291

heredero", sin embargo, el segundo párrafo del mismo precepto establece que: "la frase por o por parte iguales u otras que aunque designen parte alicuota, no fijan esta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer".

Existe designación especial de partes y por tanto no se dá la conjunción y el derecho de acrecer quedará excluido cuando las partes se fijan de manera que a cada uno se asigne un cuerpo de bienes separado. Ya que una interpretación en sentido contrario llevaría a sostener que no hay especial designación de partes cuando no se asigne a cada uno un cuerpo separado de bienes y que por consiguiente funcionaría en todas las posibles hipótesis el derecho de acrecer. Por tanto, dicha interpretación no es rigurosamente válida y correcta para todos los casos. La institución en un cuerpo separado digamos individualizado de bienes asumiría normalmente la figura de un legado; así pues siempre que no haya institución de heredero. Estableciendo la Legislación que no siempre que exista institución de heredero haya correlativamente derecho de acrecer; ya que para que actúe el derecho de acrecer debe existir un grado de cohesión en la forma de atribuir el patrimonio hereditario superior al requerido para que haya simplemente institución de heredero.

También señala, que no existirá especial designación de partes cuando se utilicen las expresiones: por mitad o por partes iguales, ya que se considera que no se destruye la unidad, la

conjunción, ya que no existe una suficiente especificación o determinación.

En tanto el artículo 983 segundo párrafo establecerá que: "...aunque designen parte alicuota, no fijen esta numéricamente" procederá el derecho de acrecer, no expresada con toda corrección ya que literalmente interpretado admite la parte alicuota como determinante del derecho, pero no la parte alicuota expresada numéricamente, lo cierto es que una parte alicuota encierra siempre una expresión numérica, matemática. Luego más que determinar una contraposición entre parte alicuota expresada numéricamente, lo que hay que ver en el precepto, partiendo de una obligada expresión numérica, haciendo denotar que su espíritu y tradición histórica a que corresponde es el propósito de circunscribir el derecho a aquella asignación de la herencia por partes alicuotas que no signifiquen una individualización (tan solo numérica) de lo asignado a cada heredero y que permita considerar interpretando la voluntad del causante que todos han sido instituidos en el mismo plano y que la exclusiva circunstancia de ser varios es lo que ha impedido atribuir la herencia a uno solo, también opera cuando las partes alicuotas son iguales aunque no se exprese literalmente el término: por partes iguales sino por ejemplo la semejante: por décimas partes y no ocurre así cuando las partes alicuotas sean desiguales, aunque podrán existir problemas que habrán de resolverse a través de la interpretación y en atención al caso en particular.

También se presentará el derecho de acrecer cuando el testador aún no estableciendo alguna de las fórmulas que se emplean en la Ley, declara expresamente su voluntad de que se produzca, invocándole nominalmente. Aunque algunos autores señalan que la adquisición no se dará en virtud del derecho de acrecer, sino por una sustitución recíproca, como en una sustitución vulgar, que concibe el derecho de acrecer cuando no se basa en la conjunción de llamamientos, sino directamente en la voluntad del testador, concepción incorrecta ya que al conocer el testador los efectos producidos habrá de señalar su expresa conformidad con tal situación.

Con relación a otro elemento necesario para que opere, se señalará la existencia de una porción vacante a consecuencia de la ineficacia de alguno o algunos de los llamados, por alguna de las siguientes causas:

A) Premorencia, cuando alguno o algunos de los instituidos fallece con anterioridad al testador.

B) Renuncia, cuando manifiesta su expresa voluntad de no aceptar la herencia.

C) Incapacidad para recibir la herencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 766 del Código Civil en comento.

D) En el caso del concebido que no llegue a nacer o nazca sin viabilidad y lo mismo cuando no se llegue a cumplir una condición suspensiva o cuando la institución con respecto de alguno, sea nula.

E) El artículo 191 del Código Civil establecerá expresamente un derecho de acrecer, más sin embargo, hay autores que no lo consideran como tal, ya que los coherederos del ausente no adquieren los bienes hasta en tanto se declare su fallecimiento.

La legislación en comento también establece que existirá porción vacante, pero no operará el derecho de acrecer cuando: 1o.- Se presente la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, lo que determina es la trasmisión de ese derecho a los herederos del premuerto sin aceptar ni repudiar, aunque se arreglará de acuerdo al artículo 1,006, que se habrá de referir a este caso cuando el heredero falleciera con posterioridad que el testador y 2o.- cuando el causante designó un sustituto vulgar en términos del artículo 774, toda vez que se dará preferencia a dicha previsión testamentaria y no funcionará el derecho de acrecer.

En la sucesión intestamentaria los artículos 981 y 922 del Código Civil en estudio, establecen la presencia del derecho de acrecer al señalar que: "En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos".

Antonio Hernández Gil, señala que una doctrina muy autorizada advierte que el Código Civil muy bien pudo prescindir del derecho de acrecer en la sucesión intestada, pues la porción vacante la hacen suya los coherederos por la aplicación del principio general de que el pariente mas próximo excluye al más remoto. Sin embargo no parece innecesario ya que no es la misma situación cuando todos los parientes llamados por disposición de Ley, aceptan la herencia, que la que se origina cuando alguno o algunos renuncian o repudian, ya que se rompe aquí la coincidencia entre la vocación y la adquisición, se produce una cuota vacante, y es lógico que para el ulterior destino de esa cuota se utilice esta figura jurídica, y cuando no opera en la intestada es en el caso de la premorencia y operará el principio antes aludido, a diferencia de la sucesión testamentaria, en la cual existirá un previo llamamiento, en la intestada coincide con la muerte del causante, siendo en esta que no cabe hablar que engendre una porción vacante, ya que por eso el Código Civil en comento, al regular el derecho de acrecer en la intestada no menciona el supuesto de la premorencia.

En esencia serán los mismos requisitos que en la testamentaria que para la intestada, también existirá una pluralidad de llamamientos y una conjunción entre ellos, pero tal conjunción no ofrecerá características especiales como en la testamentaria, ya que va implícita siempre en el modo de llamar a los herederos del intestado. Pero el artículo 981 establecerá que siempre se dará el derecho de acrecer entre ellos, por esto

prescinde de la conjunción, la porción vacante al tenor del propio artículo surge por la renuncia a la herencia de uno de los herederos. La misma consecuencia engendra con arreglo al artículo 922 la incapacidad de alguno de los herederos. Sin embargo, en la sucesión intestada, el derecho de acrecer aparecerá limitado según el artículo 922, toda vez que el derecho de representación tiene carácter preferente, ya que la confluencia de ambos derechos no es plena, ya que el derecho de representación concurre con el de acrecer y le excluye cuando un coheredero no puede suceder; si lo que ha hecho es renunciar, entonces operará el de acrecer sin la limitación del de representación.

En relación a lo que opera en España como el derecho de acrecer de los legitimarios se señalará que de acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 985 de la Legislación de referencia, se da pero no en cuanto a lo que reciben en concepto de legítima, señalando: "Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer solo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos o a alguno de ellos y a un extraño" lo que significa que aún cuando algunos de los sucesores tengan la cualidad de legitimarios (herederos forzosos) el derecho funciona lo mismo. Beneficiarios de él serán los legitimarios, pero en su calidad de herederos testamentarios, y los demás herederos testamentarios, si los hay.

Es interesante advertir que en la Legítima no se da el derecho de acrecer, cuando queda vacante la porción

correspondiente a un legitimario, suceden en ella los demás por su derecho propio y no por el de acrecer de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 985 antes referido, siendo criticado que el Código Civil admita dicha figura en el sucesión intestamentaria y no ha procedido así en la legítima, señalando los defensores que el razonamiento principal es que se da mayor consideración a la legítima sobre la intestamentaria, al establecer que en la porción vacante los legitimarios sucederán por derecho propio y no por el de acrecer, ha querido significar dos cosas que recaen perfectamente con la naturaleza de la legítima: su pleno carácter ex lege e inherente a la persona y la invariabilidad de la misma, cualquiera sea el número de los legitimarios.

Con relación a los legados y al usufructo de acuerdo a lo establecido en el artículo 987 del Código Civil Español, el derecho de acrecer tendrá lugar en los mismos términos establecidos para los herederos, pero teniendo en cuenta que la identidad no puede ser absoluta, habida cuenta de la diferencia existente entre la herencia y el legado; ya que el objeto estará representado, en lugar de por la herencia o, parte de la misma por una cosa, por un singular elemento patrimonial perfectamente individualizado. Ya que para que se de la conjunción es preciso sean llamados varios, sin especial designación de partes, a decir: lego la casa X a A y B. También la legislación en comento manifiesta que si el derecho de acrecer es improcedente por la falta de requisitos exigidos o si es rechazado por el favorecido o

favorecidos partiendo de que en la sucesión testamentaria la aceptación en el derecho de acrecer sea autónoma y voluntaria, se producirán los efectos que contempla el artículo 888 al señalar que el legado se refunde en la masa hereditaria. Sin embargo este incremento de la herencia por la refundición del legado no es propiamente un acrecimiento sino la desaparición de un gravamen que con respecto a la herencia que lo constituye el legado, en términos del artículo 858 de la Legislación analizada.

Como lo señala Antonio Hernández Gil: "El efecto esencial del derecho de acrecer, inherente a todas sus manifestaciones, es la adquisición por los beneficiarios del mismo de la porción de la herencia o legados vacantes." (7). Es necesario determinar si el derecho de acrecer es de carácter voluntario o forzoso; es decir, si se precisa la aceptación del favorecido o bien si la adquisición opera ipso iure; siendo en términos mas concretos si juega independientemente de la aceptación y renuncia con respecto a la parte que se obtiene por derecho propio de la que puede adquirirse por derecho de acrecer, de manera que sea posible aceptar la primera y renunciar la segunda.

Para determinar tal situación es necesario señalar que dentro de la sucesión testamentaria la mayoría de los doctrinarios, señalan que con relación a la legislación el derecho es de carácter voluntario, argumentando que la expresión: tenga (7) Hernández Gil, Antonio, Ob. cit. p. 57

lugar que se utiliza en el artículo 982, en contraste con el siempre del artículo 981; según el principio general de la renunciabilidad de los derechos y el perjuicio que habría de generarse para el heredero que habiendo aceptado pura y simplemente la herencia, hubiera de hacerse cargo en igual concepto de la parte procedente del acrecimiento, con lo que pudiera incrementarse el carácter gravoso de su participación hereditaria.

Por cuanto hace a la sucesión intestamentaria, el derecho de acrecer tiene carácter forzoso, ya que se hace especial hincapié en el adverbio siempre que señala el artículo 981, en opinión de Antonio Hernández Gil, ese razonamiento no es totalmente convincente ya que de acuerdo con el mismo artículo no es que el derecho de acrecer en la sucesión intestamentaria se de ipso iure, sino que se produce sin las limitaciones a que esta subordinado en la sucesión testamentaria. También habrá que establecer que el derecho de acrecer se produce cum onere es decir los herederos a quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla, en términos del artículo 984, entendiéndose no solo los inherentes a la herencia sino también los especialmente correspondientes al coheredero que dio lugar a la porción vacante. En las obligaciones pueden comprenderse los legados y las cargas modales, excluyendo desde luego las de carácter personalísimo.

El no ejercicio o la exclusión del derecho de acrecer en la sucesión testamentaria, es objeto de particular previsión en el artículo 986. La porción vacante en este caso viene determinada no por la repudiación de la herencia, sino por la renuncia al acrecimiento. De no quedar absorbida la porción vacante por el derecho de acrecer ni por la sustitución vulgar pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones. Dicha norma es completamente armónica con la del artículo 912 apartado tercero del Código en comento, dada la compatibilidad de la sucesión testada a la intestada y en virtud del carácter defectivo que siempre asigna a ésta, la porción no acrecida ni atribuida por ningún otro mecanismo de la sucesión testamentaria pasa a la intestada. Herederos legítimos por intestado son ante todo, los no designados en el Testamento, aquellos para quienes se abre la sucesión intestada a consecuencia de existir una porción no acrecida. No obstante nada se opone a que tales herederos intestados figuren designados en el testamento. Si entre la designación testamentaria de estos y la de quien haya producido la cuota vacante no hay conjunción de llamamientos indispensables para el acrecimiento, pueden ser destinatarios de la porción no acrecida en cuanto herederos intestados, aunque haya a favor de ellos un llamamiento testamentario distinto.

Para José Castan Tobeñas, explica que en la sucesión legítima, más que un derecho especial de acrecer, hay un simple derecho de no decrecer, que se deriva del principio general de

exclusión del pariente mas remoto por el más próximo, puesto que los parientes del mismo grado hacen suya la porción vacante, más que por derecho de acrecer, sencillamente, por derecho propio y por la circunstancia de la proximidad del parentesco.

Finalmente, el tratadista español Juan B. Vallet de Goytisolo, señala: "La voluntad del testador de acuerdo con el tenor del testamento es la ley de su sucesión, por eso, para apreciar cuando el testador solo ha llamado a una parte o cuando ha llamado conjuntamente al todo con determinación meramente distributiva de módulos de participación habrá que valorar las palabras empleadas en el testamento y deducir su verdadera voluntad según el tenor del mismo. La fijación numérica y el señalamiento de bienes habrá que apreciarlos relacionando, unas con otras, las disposiciones del testamento, infiriendo así si únicamente se refieren a la ejecución o distribución derivadas de un llamamiento conjunto de varios al todo." (8).

C.- DERECHO MEXICANO

Con relación a la situación que existía en nuestro país en la época prehispánica y precolonial dentro de las diversas culturas que existieron en el mismo, como regla fundamental en materia sucesoria heredaba el hijo primogénito los bienes del

(8) Vallet de Goytisolo, Juan B. ESTUDIOS DE DERECHO SUCESORIO, VOLUMEN I, Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1990, p. 124

Mayorazgo que le pertenecían por herencia con la dignidad que a ellos correspondía; sin embargo, podían ser desposeídos de los mismos durante determinado tiempo si era disposición del rey, debido a una mala conducta, tales bienes quedaban en disposición de un depositario que daría cuenta de su administración.

De acuerdo con lo establecido por Lucio Mendieta y Núñez, existían distingos que eran impuestos dependiendo de la clase social a la cual se pertenecía: "La dignidad y los bienes, entre los nobles, se trasmitían al hijo primogénito habido con la esposa principal, o sea aquella que se había tomado en matrimonio con las formalidades acostumbradas, ...Si no había primogénito, heredaba un nieto y a falta de este, un nieto segundo: a falta de todos estos heredaba el hermano que consideraba mejor por sus dotes entre varios. Las mujeres quedaban excluidas de la herencia de las dignidades." (9). Señala además que entre el pueblo Maya no se admitía que heredaran las hijas, sino por vía de piedad o voluntad.

De igual forma, existía la libertad de testar ya que el autor de la herencia podía elegir en vida a su sucesor. Si fallecía una persona sin dejar descendencia, sus bienes corresponderían a un hermano o sobrino, y falta de uno y otro, heredaba al pueblo o al rey. Pero si el adquirente era menor de edad se entregaban los bienes a un tutor quien tendría la

(9) Mendieta y Núñez, Lucio. EL DERECHO PRECOLONIAL. México, Editorial Porrúa, S.A., Sexta Edición, 1992, p. 102

obligación de rendir cuentas y hacer entrega de los bienes en cuanto él o los herederos llegaban a la mayoría de edad.

Posteriormente, a la llegada de los Españoles y el establecimiento de la Nueva España vinieron rigiendo las disposiciones legales de ese Reino y que eran de uso común en el mismo y en sus colonias, tales como: El Ordenamiento Real, dictado en tiempos de los Reyes Católicos, aconteciendo que durante ese mismo reinado se formaron Las Leyes de Toro, que contienen disposiciones sobre testamentos y reservas, así como normas complementarias muy detalladas en materia de mejoras.

Mas tarde surgen La Nueva Recopilación, hacia 1567 y La Novísima Recopilación, publicada en 1805, sin dejar de mencionar que se crearon La Recopilación de Indias, por Felipe II en 1570, y La Ordenanza de Intendentes, durante el reinado de Carlos III, hacia 1786, disposiciones que regulan diversos campos de las relaciones jurídicas de los particulares entre si y con la autoridad.

Al iniciarse la Independencia de nuestro país sobrevino una época complicada por los constantes cambios de gobiernos y de sistemas, de tal forma que Antonio de Ibarrola, señala: "... para el estudio del problema a los cuales es aplicable la legislación anterior al Código Civil de 1870, tendremos que ceñirnos al siguiente orden: a) Leyes de Gobiernos Mexicanos; b) Leyes de las Cortes de España; c) Cédulas, Decretos y órdenes posteriores a la

Novísima Recopilación; d) Ordenanza de Intendentes, e) Recopilación de Indias; f) Novísima Recopilación; en lo que sea anterior a los dos últimos citados; pues en lo posterior deben ser estos preferidos; g) Fuero Real; h) Fuero Juzgo, según Cédula de 15 de julio de 1788, e i) Las Partidas." (10).

La Profesora María del Refugio González, señala: "Las variantes que se produjeron en el derecho aplicable en materia de derecho civil entre, por decir algo, 1789 y 1840 fueron muy pocas y no todas se reflejaron en todo el amplio terreno de la administración de justicia. Por citar solo algunos ejemplos, se puede señalar la ausencia de modificaciones sustanciales en el texto de testamentos. ... Desde la consulta de los testamentos se concluye que los de 1789 son casi iguales a los de 1840. La existencia de patrones para la redacción de estos y otros instrumentos públicos y privados explica esto." (11).

Se establecerá que en el Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1870, que comenzó a regir el primero de marzo de 1871, existía un sistema similar al de España con relación a la sucesión legítima el cual era tomado y venía desde las "Leyes del Toro", seguidas por toda la tradición española y que se establecieron en las principales naciones extranjeras.

(10) Ibarrola, Antonio de. Ob. Cit. p. 1049

(11) González, María del Refugio. EL DERECHO CIVIL EN MEXICO 1821-1871, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, p. 26

En relación a la existencia de la legítima, que limitaba la capacidad de testar libremente, ya que esta estaba constituida por la porción de bienes destinada por la Ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes, que se llaman forzosos. Se cuantificaba en cuatro quintas partes de los bienes, si el testador solo dejaba descendientes legítimos o legitimados; en dos tercios, si solo dejaba hijos naturales; y en la mitad, si solo deja hijos espurios y existía como elemento forzoso la sucesión del cónyuge supérstite.

Cabe señalar que con la expedición del mismo Código concluyeron aspectos del proceso de transición de la Legislación Mexicana ya que durante los años de 1821 a 1871, se dió una diversidad de producción jurídica, que respondía a las necesidades imperantes en la época, ya que el conocido como derecho colonial era el de la metrópoli y había sido dictado por el rey, y porque buena parte de ese derecho ya no correspondía con las ideas de un numeroso grupo de mexicanos, el cual, a lo largo del siglo tuvo ocasión de dictar leyes y hacerlas ejecutar. Dicho proceso de sustitución de disposiciones se inicia inmediatamente después de la Independencia, pero no era posible que tomara su perfil definitivo mientras no se definiera con claridad los marcos en los que tenía que operar.

Es necesario indicar que las grandes modificaciones en materia de sucesiones y contratos no se produjeron en la fecha del

código señalado, sino que el salto cualitativo de la materia civil en los aspectos antes señalados se dio entre 1870 y 1884.

De tal forma que en el Código Civil de 1884, se cambia el sistema de las sucesiones con relación al Código de 1870, tal como lo señala José Arce y Cervantes: "De conformidad con los artículos 3,323 y el siguiente, toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento, derecho que no estaba limitado sino por la obligación de dejar alimentos a los descendientes, cónyuge supérstite y a los ascendientes, según las reglas que ahí mismo se establecen." (12). Retomando lo ya establecido en el código de 1870 de que el heredero no sería ya responsable de las deudas hereditarias sino hasta donde alcanzara la cuantía de los bienes heredados, o sea, el beneficio de inventario.

En similar sentido se expresa Jorge Mario Magallon Ibarra, al señalar: "Sabemos con certeza que el Código de 1884 siguió los lineamientos básicos de la legislación que le antecedió. Sin embargo, ya también se ha dejado establecido que fué precisamente en la materia sucesoria donde se encuentran algunas de las pocas diferencias básicas que existen entre ambos ordenamientos. Por tanto de acuerdo con ese criterio, la segunda de las leyes del siglo pasado en la materia civil reiteró las

(12) Arce y Cervantes, José. DE LAS SUCESIONES. México, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, 1992, p. 29

fórmulas que le habían precedido, con excepción del reconocimiento de los preceptos de la sucesión forzosa, tanto la llamada "legítima" como la del cónyuge supérstite; habiéndose derogado las reglas que reconocían a los herederos forzosos así como aquellas que se referían al nombramiento de heredero y a la distribución del caudal en legados, hechos por persona que no tuviera hijos ni descendientes legítimos o legitimados; naturales o espurios, a quienes sobrevinieran herederos, modificándose -como consecuencia- la regla relativa a la substitución de heredero forzoso..." (13).

Ante tal marco, habremos de ubicar dentro del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1884, en los artículos del 3653 al 3662 inclusive, del Libro Cuarto, del Título Quinto denominado: Disposiciones comunes a la sucesión Testamentaria y a la Legítima, la forma de regular el Derecho de acrecer en los términos siguientes:

"CAPITULO II.- DEL DERECHO DE ACRECER

ART. 3653.- Derecho de acrecer es el que la ley concede a un heredero para agregar a su porción hereditaria la que debía corresponder a otro heredero.

ART. 3654.- Para que en las herencias por testamento tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:

 (13) Magallon Ibarra, Jorge Mario. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, TOMO V, DERECHO SUCESORIO. México, Editorial Porrúa, S.A., 1990, p. 85 y 86

I.- Que dos o más sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes;

II.- Que uno de los llamados muera antes que el testador, renuncie la herencia o sea incapaz de recibirla.

ART. 3655.- No se entenderá que están designadas las partes, sino cuando el testador haya mandado expresamente que se dividan o las haya designado con señales físicas; más la frase por mitad o por partes iguales, u otras que aunque designan parte alicuota, no fijan esta numéricamente, o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.

ART. 3656.- Si la falta del coheredero acaece después de haber aceptado la herencia, no hay lugar al derecho de acrecer, y su parte se trasmite a sus herederos, salvo lo prevenido en el artículo 3659.

ART. 3657.- Los herederos a quienes acrece la parte caduca, suceden en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibir la herencia.

ART. 3658.- Los herederos solo pueden repudiar la porción que acrece a la suya, renunciando la herencia.

ART. 3659.- Cuando conforme a la ley deba tener lugar el derecho de acrecer entre los llamados conjuntamente a un usufructo, la porción del que falte después de haber aceptado y aunque aquel falte después de haber aceptado y aunque haya estado en posesión de su parte de usufructo.

ART. 3660.- Lo dispuesto en los artículos 3654 a 3659, se observará igualmente en los legados.

ART. 3661.- Cuando los legatarios no se hallen en el caso de la fracción I del artículo 3654, pero si en alguno de los señalados en la fracción II, el legado acrecerá a los herederos.

ART. 3662.- El testador puede prohibir o modificar como quiera el derecho de acrecer."

Aunque el artículo 3663, del código señalado, hace referencia a que en las herencias sin testamento, (entendemos que es la sucesión legítima o intestamentaria), se resolverían algunas circunstancias que se podrían presentar con este tipo de herederos intestados cuando no quisieran o no pudieran heredar, disponiendo que su parte acrecía a la de los otros herederos del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando este tuviese lugar, observando lo prevenido en los artículos 3579, 3580 y 3582, que corresponden al capítulo primero, del título cuarto, denominado: De la Sucesión Legítima, los cuales manifiestan lo siguiente:

"CAPITULO PRIMERO.- DISPOSICIONES GENERALES.

ART. 3579.- Si hubiere varios parientes en un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren heredar, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar.

ART. 3580.- Repudiando o no pudiendo suceder el pariente mas próximo, si es solo, o todos los parientes más próximos, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante o incapaz.

... ART. 3582.- Los hijos y descendientes del incapaz no serán, excluidos de la sucesión, aún cuando viva el ascendiente incapaz, si ellos mismos fueron llamados a heredar por la ley en representación de aquel."

En el Código Civil que actualmente nos rige, mismo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1928, y que entró en vigor el 10 de octubre de 1932, es de señalarse que no existe como en los códigos civiles anteriores de 1870 y 1884, capítulo alguno que nos refiera a que se entienda por el derecho de acrecer, más sin embargo existen artículos que hacen referencia del mismo como lo son el 1549 Bis, fracción II y el 2350, el primero ubicado en el Capítulo III Bis denominado: Testamento Público Simplificado, del Título Tercero, del libro

Tercero; y el segundo, dentro Capítulo I denominado: De las donaciones en general, del Título Cuarto, del Libro Cuarto, segunda parte; los cuales manifiestan:

"ART. 1549 Bis.- Testamento público simplificado es aquel que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne su regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

... II.- El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos..."

"...ART. 2350.- La donación hecha a varias personas conjuntamente no produce a favor de éstas el derecho de acrecer, si no es que el donante lo haya establecido de un modo expreso"

De tal forma que el Legislador hace mención del derecho de acrecer, pero éste no se encuentra definido en el propio Código, manifestando Ernesto Gutiérrez y González que: "...es una institución que ya no existe en materia hereditaria...los casos en que procedía el Derecho de acrecer, son los que ahora se determinan en el vigente código como de caducidad de Testamento, y

por lo mismo NO ACRECE LA PARTE DE OTRO HEREDERO SI NO QUE SE ABRE RESPECTO DE ELLOS LA SUCESION LEGITIMA..." (14).

En relación a la expresión antes manifestada señalaremos que no es del todo precisa ya que de acuerdo a los antecedentes que tenemos de la figura en cuestión, es la voluntad del causante con su establecimiento en su disposición testamentaria la que crea o da lugar a la misma, de acuerdo a lo señalado por José Arce y Cervantes, al Expresar: "En nuestro Derecho ...En primer lugar, solo existe cuando hay testamento o sea se dá cuando lo establece el testador..." (15). Y en caso de no haberlo establecido expresamente, cualquiera de las causas señaladas en el artículo 1497 del Código Civil, darán como consecuencia la caducidad y dejarán sin efecto la disposición testamentaria con relación a los herederos o legatarios instituidos.

Aunque la Ley no lo señale de forma expresa es conveniente advertir que en la práctica habitual es normal observar que los Notarios Públicos, señalen en sus escrituras de Testamento el establecimiento del Derecho de Acrecer por voluntad expresa del testador, manifestando lo siguiente: "...CLAUSULAS.- PRIMERA: Que instituyo como mis Unicos y Universales Herederos de todos los bienes, derechos o acciones que tenga al momento de mi

(14) Gutiérrez y González, Ernesto. DERECHO SUCESORIO, INTERVIVOS Y MORTIS CAUSA. México, Editorial Porrúa, S.A., 1995, p. 237 a 239

(15) Arce y Cervantes, José. Ob. Cit. p. 90

fallecimiento a mis hijos JUAN, MARIA LUISA y REBECA de apellidos ROSAS SANCHEZ, quienes heredaran proindiviso y por partes iguales y con derecho de acrecer es decir que si alguno de los coherederos instituidos en esta cláusula, llegare a fallecer antes que el testador, en el mismo momento, repudiare la herencia o se volviera incapaz de heredar la parte que a éste corresponde pasará a sus coherederos ...", de igual forma se establecería para el caso de que no llegase a cumplirse la condición impuesta por el testador para el heredero, en el caso de que sea una institución condicionada.

CAPITULO SEGUNDO

MARCO TEORICO CONCEPTUAL

A.- LA SUCESION MORTIS CAUSA.

La palabra Sucesión corresponde a la acción de suceder, aunque en sentido estrictamente jurídico diremos que es la sustitución o cambio en la titularidad de los derechos y relaciones que admiten sustitución, es decir un cambio de sujeto e identidad en la relación de derecho.

Etimológicamente el término, deriva del latín successio-nis y significa en sus tres primeros alcances: Acción y efecto de suceder, esta última expresión derivada del término en latín succedere, el cual corresponde a su acepción: Entrar una persona o cosa en lugar de otra o seguirse de ella.

Sobre el particular, Antonio de Ibarrola, señala que será: "...el fenómeno que salta a nuestra vista es el de que un PATRIMONIO perdura a través del cambio de su TITULAR." (16). Refiriéndose a lo que manifiesta Savigny, en tal sentido al afirmar que es una transformación puramente subjetiva de una relación de derecho, interpretándola como el cambio de sujeto, pero no del objeto de la relación.

(16) Ibarrola, Antonio de. Ob. Cit. p. 647

Encontramos que existen dos tipos de sucesiones: la primera, que se denomina: Inter Vivos, la cual será aquella que se dé entre personas vivas, por virtud de ello se dará una causahabencia en relación al objeto materia del acto, siendo ésta siempre a título particular, concurriendo por si o por un representante; las partes que intervienen en el acto a expresar sus voluntades. En tanto en la segunda, que es materia del presente estudio, denominada Mortis Causa, que se presentará como consecuencia de la existencia de un Patrimonio propio que corresponde a una persona y que no habrá de extinguirse por virtud de su fallecimiento, dicha trasmision dependiendo del monto o extensión; podrá ser a título universal o a título particular, definiéndola que opera según Antonio de Ibarrola, como: " ... la trasmision de la totalidad o parte de los derechos, esta subordinada a la CONDICION SUSPENSIVA del fallecimiento de una persona." (17).

Tal como lo señala José Arce y Cervantes, para que se genere dicha sucesión se requiere que se presenten los siguientes elementos:

"10.- Que haya un conjunto de bienes y relaciones que pertenecian a una persona física, trasmisibles por causa de muerte (cosas, derechos, obligaciones) y que tengan un valor económico apreciable;

(17) Ibarrola, Antonio de. Ob. Cit. p. 648

20.- Que la persona física que encabeza ese conjunto, por su muerte haya dejado de ser persona (autor de la sucesión, causante o de cujus o sea "is de cujus successionem agit" de cuya sucesión se trata);

30.- Que haya otra persona (o varias) que reemplaza a la fallecida en la titularidad del patrimonio acéfalo (sucesor, causahabiente, heredero);

40.- Que el sucesor o heredero este llamado a suceder al causante o sea que haya una vocación hereditaria (llamada a la herencia), porque para que exista sucesión no basta que donde estaba uno se coloque otro, sino que es necesario que la causa por la que el segundo entra a reemplazarlo se deba a que el primero haya fallecido y jurídicamente le corresponda reemplazarlo. Debe existir un "fundamento de vocación" o sea un supuesto, de hecho al cual la ley une la consecuencia de que la persona que se halla en esta relación de hecho pueda ser heredero del fallecido." (18).

La doctrina ha señalado que existen dos corrientes que analizan la sucesión como: A).- Una adquisición derivada, y B).- Una adquisición derivada en cuanto a la adquisición originaria. Señalando Roberto Hoffmann Elizalde, que: "...la adquisición de un derecho es originaria cuando ese derecho nace en cabeza del titular que lo trasmite, se esta ante una

(18) Arce y Cervantes, José. Ob. C'it. p. 2

adquisición originaria... En relación a la segunda corriente ... la adquisición derivada, coincide con la teoría anterior, sin embargo se aparta de ésta al decir que el derecho del sucesor subsiste por si sin derivar su fuerza del derecho del predecesor, sucesión originaria." (19).

Es así que afirmamos que el derecho de Sucesión, que existe es aceptado en razón de consideraciones económicas, familiares y sociales, que hacen perfecto al derecho de propiedad al facultar a su titular a transmitirlo, consolidándose el *ius abutendi* es decir la facultad de disposición dentro del concepto de propiedad; encontrando que es fuente de la sucesión, la voluntad expresa del causante, en cuyo caso estaremos en presencia de la sucesión testamentaria o a falta de dicha voluntad operará por disposición de Ley la sucesión en favor de tal o determinadas personas, siendo denominada como Sucesión Intestamentaria o Legítima.

Es así, que el patrimonio de una persona que será el conjunto de Bienes, Derechos y Obligaciones susceptibles de ser valorados pecuniariamente y que constituyen la prenda tácita de los acreedores quirografarios, los cuales no se extinguen con el hecho de su fallecimiento, dará lugar a la Herencia, que la define

(19) Hoffmann Elizalde, Roberto. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA POSICION JURIDICA DEL MENOR EN EL DERECHO SUCESORIO. México. UNAM. Coordinación de Humanidades, 1992, p.89

legalmente el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, de la siguiente forma:

"ART. 1281.- Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte."

De la anterior definición, existen dos características, por una parte es una transmisión de bienes y por otra, es un conjunto de bienes, señalando el artículo 1282 del Código antes citado que esta herencia se defiere por voluntad del testador o por disposición de la Ley.

Con relación a lo anterior si dentro del conjunto o masa hereditaria, a que se hace mención anteriormente, el pasivo fuere más que el activo, estaremos en presencia de lo que se denomina herencia damnosa, el heredero sucesor cubrirá a los acreedores del de cujus, parte de sus créditos, pero si el activo y pasivo fueran iguales el heredero no recibirá ningún bien, ya que deberá destinar al pago de las deudas o pasivos, el activo adquirido, en caso de no encontrarse en alguno de los anteriores supuestos, dará lugar al heredero además de asumir el carácter de nuevo titular del patrimonio del difunto, a tener el beneficio de adquirir los bienes de ese patrimonio (una vez pagadas las cargas y obligaciones si las hubiere), por lo que recibe el provecho a título gratuito, aumentando su propio patrimonio.

El carácter universal de la herencia, será la forma más simple y normal de realizar la transmisión sin que fuera necesario realizar una forzosa liquidación del patrimonio, lo cual conduciría a una disgregación antieconómica de sus elementos, con pérdida de valores y de otra parte garantiza de modo más completo y perfecto los derechos de los terceros y acreedores contratantes con el difunto, los cuales no se preocupan de hecho de la muerte de su contratante y obligado, ya que su condición jurídica permanece intacta y habrá quienes respondan por las obligaciones pactadas.

Encontramos que existen principios o reglas que regirán a la sucesión, como lo son:

I.- Como el heredero sucede al titular desaparecido, es decir, lo sustituye o sub entra en el lugar que este ocupaba, no puede haber solución de continuidad entre el titular faltante y el sucesor porque nunca puede quedarse un patrimonio sin titular, aún cuando el nuevo titular, de pronto, no pueda ser determinado, porque si en la herencia hay bienes, siempre habrá un heredero, tal como se desprende de diversos preceptos del Código Civil Vigente en el Distrito Federal, a decir: Si hubiere varios herederos, estos adquieren derechos a la masa hereditaria como a un patrimonio común desde la muerte del autor de acuerdo al artículo 1289; el legatario adquiere derecho al legado puro y simple, así como al de día cierto, desde el momento de la muerte del testador de conformidad al 1290; cuando el legado es de cosa

específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere con relación al 1429; el derecho a la posesión de los bienes hereditarios se trasmite desde esa muerte de acuerdo al artículo 1704.

II.- Por la misma razón, la calidad de heredero del sucesor no puede ser condicionada, ni temporal y de ahí la máxima "una vez heredero, heredero siempre", tal como lo expresa el código al señalar: no se puede aceptar o repudiar la herencia en parte, con plazo o condicionalmente lo cual se contiene en el artículo 1657; la aceptación y la repudiación son irrevocables de conformidad con el 1670; la designación en el testamento del día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tiene por no puesta según lo dispuesto en el artículo 1380.

III.- La unidad que tiene el patrimonio hereditario, es decir, la cohesión que tienen entre sí los elementos que lo componen, no se disgrega aunque haya varios herederos, porque este hecho implica solamente la participación de varias personas en esa unidad ya que la parte de cada heredero es cualitativamente igual es decir de la misma calidad, a la de los demás herederos, aunque puede no ser cuantitativamente igual o sea en la misma cantidad que la de otros: Se está entonces, en un caso semejante al de la copropiedad, porque los herederos tienen derecho a la masa común hereditaria. Tampoco se pierde la unidad del patrimonio ni el carácter de universalidad en la transmisión por el hecho de que haya transmisiones a título particular (legados) a favor de quienes

sean o no sean herederos, porque los legados son liberalidades aisladas que dispone el testador para el provecho de los beneficiarios, pero siempre que esos legados no agoten el patrimonio hereditario, porque en caso contrario (si toda la herencia se distribuye en legados) tales legados pierden ese carácter y los legatarios se consideran como herederos de acuerdo al artículo 1286 del Código Civil, lo cual tiene el efecto de que todos los designados legatarios, tendrán entonces los derechos y obligaciones de herederos y responderán de las deudas hereditarias. Esta situación se asemeja a la partición de sus bienes que puede realizar el propio testador en su testamento de conformidad con el artículo 1771 del Código referido.

IV.- En principio todos los derechos y obligaciones y la posesión se transmiten tal y como los tenía el autor de la sucesión, sin modificación, porque se busca que las relaciones no se interrumpan ni modifiquen por el hecho de la muerte.

V.- Tal como el autor de la sucesión, respondía de sus obligaciones con todos sus bienes, su patrimonio hereditario sigue afectado a la responsabilidad de las mismas obligaciones, por lo que la sucesión del de cujus, en cuanto representa ese patrimonio, puede entrar en concurso o ser declarada en quiebra.

VI.- La sucesión va a producir la fusión del patrimonio neto que dejó el autor de la misma, con el patrimonio del heredero, aún cuando el proceso sucesorio y el beneficio de

inventario impidan temporalmente esta confusión para ciertos efectos. Antes de que se produzca esa fusión, deberá procederse a la liquidación de la herencia y partición de la misma si es que hay más de un heredero.

Es así, que la sustitución del titular no puede llevarse a cabo de forma instantánea. Es necesario que exista un proceso o juicio que tiene que recorrer etapas o pasos procesales, comenzando desde la comprobación del fallecimiento del autor de la herencia, si éste dispuso legalmente de su patrimonio o en caso contrario indicar sucesores, observar la capacidad de éstos, y esperar su aceptación o repudio, realizar la determinación de los bienes (activo y pasivo), dar valor a los mismos, protegerlos y cuidar de los intereses de los acreedores, velar por la administración de los bienes, resolver los litigios pendientes que se susciten y hacer entrega de lo que corresponda a cada quien por parte del Albacea.

B.- TESTAMENTIFICACION.

Como se señaló anteriormente, es la voluntad del autor de la sucesión o causante, la fuente u origen de la transmisión a favor de determinada persona o personas del patrimonio o masa hereditaria, expresada a través de la figura jurídica conocida como: Testamento, en el cual una persona capaz, por su sola y libre voluntad, dispone de sus relaciones transmisibles para después de su deceso.

La voz testamento deriva del latín testamentum, y este de testis, testigo y de testor, atestiguar, el Código Civil que actualmente nos rige lo define legalmente como:

"ART. 1295.- Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte."

De la definición antes transcrita encontraremos las características del mismo:

A).- Es un acto jurídico monosubjetivo, ya que desde su otorgamiento tiene en sí mismo todos los elementos constitutivos para su existencia, ya que la muerte de la persona que lo otorga no lo perfecciona, sino que solamente determina el comienzo de la producción de sus efectos, la aceptación de la herencia tampoco lo perfecciona, ya que el propio código menciona que: "El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar" en su artículo 1378. También es de naturaleza definitiva, aunque el otorgante tenga el derecho de revocarlo, ya que el testador lo realiza con la intención de que su voluntad sea cumplida si él mismo no la revoca o modifica, el elemento del fallecimiento actúa solo como un presupuesto de producción de efectos. Al señalarse su carácter personalísimo, entendemos que el mismo debe de ser otorgado por el testador sin que sea admisible

cualquier tipo de representación o suplencia de la voluntad, ya que los actos que exigen intervención personal no pueden otorgarse por un representante, de igual forma entendemos que debe el testamento contener únicamente la voluntad de una sola persona, es decir un acto unipersonal, teniendo como fin el de garantizar la espontaneidad de la voluntad ahí expresada, con la no concurrencia de otras voluntades que podrían influenciarla, señalando expresamente el código que: "No puede testar en el mismo acto dos o mas personas, ya en provecho recíproco ya en favor de un tercero" en términos del artículo 1296.

B).- Es un acto de última voluntad, como señalamos anteriormente denominado mortis causa o para después de la muerte, tal acto jurídico con efectos diferidos a cierta época cronológicamente posterior a su otorgamiento, ya que están estos sujetos a la condición de la muerte, no produciendo el testamento efecto alguno antes de este hecho, se señala que es su última voluntad porque subsiste aún después de su muerte, mientras no se revoque, y se presume la voluntad expresa del testador ya que es lo que hubiera querido hasta el último momento de su vida, la voluntad testamentaria no caduca ni prescribe por el transcurso del tiempo.

C).- Es un acto esencialmente revocable, toda vez que al ser expresada una última voluntad y partir de la voluntad humana que es cambiante, el testador es libre de mudar su voluntad hasta el infinito para que el testamento que realice exprese realmente

su voluntad definitiva, ya que la voluntad no puede vincularse así misma, mientras no haya un vínculo jurídico, ya que el Código señala: al considerar nulos la renuncia de testar o de hacerlo bajo ciertas condiciones de acuerdo al artículo 1492, al nulificar la renuncia de revocar un testamento de conformidad con el 1493, y al reconocer la facultad del testador de revocar un testamento para revivir uno anterior en términos de los preceptos 1494 y 1495, señalando José Arce y Cervantes que: "... el individuo no puede despojarse anticipadamente del ejercicio de un derecho o de un poder necesariamente ligado a un derecho, como la facultad de disponer." (20).

D).- Es un acto libre, ya que para ser eficaz plenamente la voluntad testamentaria debe ser libre y consciente, ya que la violencia que fuerza la voluntad y el error que oscurece la inteligencia, impiden que el acto viciado por ellos sea válido. La definición del Código exige esta libertad, también sanciona con la nulidad el testamento que sea otorgado bajo violencia de acuerdo al artículo 1485 y el captado por dolo o fraude de conformidad con el 1487 y declara que no producen efectos las disposiciones que se fundan en causa expresa que resulte errónea, si fue la única que determinó la voluntad en términos de lo dispuesto en el artículo 1301, en tanto el 1488 asegura el ejercicio del derecho de testar cuando alguien pretende impedirlo, a decir de Antonio de Ibarrola, el Código debería de mencionar que es un acto Autónomo

(20) Arce y Cervantes, José. Ob. Cit. p. 57

en vez de libre, ya que: "... el testador no necesita autorización de nadie. Si se pone LIBRE, la palabra no hace resaltar ningún nuevo elemento en la definición, ya que todo acto o contrato necesariamente deben serlo." (21).

E).- Es por su naturaleza un acto de disposición de bienes, ya que el testamento debe contener disposiciones patrimoniales y otras que no lo sean y aunque en él no haya institución de heredero de acuerdo al artículo 1378 del Código Civil y por consiguiente, que no contenga legados. No implica que sean de bienes propios (ya que existen los denominados legados de cosa ajena), también puede contener disposición de bienes que al momento de otorgar el testamento no sean propiedad del testador y que serán adquiridos después, de tal forma que es un acto ordenador de bienes y de las relaciones de familia.

F).- Es un negocio no receptivo, entendiendo que un negocio receptivo es aquel que se emite o se dirige a una persona a quien va a afectar, siguiendo las reglas de la policitación y que conducen a la contratación, el testamento no pertenece a este tipo de relaciones receptivas, ya que no esta dirigido a los sucesores del testador ni a persona alguna. No está destinado a ser conocido antes del desceso del testador y aún más por su naturaleza es secreto. De dicho carácter se dan dos circunstancias: de que la voluntad del otorgante, esa voluntad
(21) Ibarrola, Antonio de. Ob. Cit. p. 684

suya expresada no debe surtir efectos antes de su muerte; y de que también por su naturaleza, hay posibilidad de revocarlo y en este caso se vuelva una nada jurídica.

G).- Es un acto solemne, aunque no se expresa de ese modo en el Código, al igual que en el matrimonio se requiere de una forma solemne, el Código utiliza esta expresión al hablar de la forma de actos de última voluntad de acuerdo al artículo 1520 y establece la nulidad del testamento cuando se otorga en contravención a las formas prescritas de conformidad con el 1491 en especial del testamento público abierto y del cerrado en términos de los preceptos 1520 y 1534. De tal forma que José Arce y Cervantes señalará: "El contenido es la expresión de la voluntad del testador capaz; es sustancia del acto. El Código Civil (ley sustantiva) reglamenta quienes pueden hacerlo y las modalidades que puede tener esa manifestación. El "continente" es la forma del negocio. De suyo la forma es accidental porque señala "el como" debe manifestarse la voluntad y toca reglamentarla a la ley adjetiva: pero en el caso de los testamentos públicos, encontramos que ese contenido y su continente, están reglamentados en el Código Civil, entre otras razones porque en los casos de testamento, la forma entra en composición con el contenido, o sea, con la sustancia del acto, de modo que el contenido (expresión de la voluntad), no tiene existencia jurídica si no está en composición con la forma (instrumento notarial, conducta del testador, testigos y notario en el testamento público cerrado). Se trata, entonces, de lo que se llama forma "ad solemnitatem", o sea

solemnidad. Cualquiera de las dos que falten, el testamento así viciado, no entra bajo la protección del orden jurídico." (22).

De estos principios partiremos para establecer que la Testamentificación, del latín *testamentis factio*, se define como la facultad de disponer, por acto de última voluntad o de recibir herencia o legado; así señalaremos que la primera será testamentificación activa y la segunda será testamentificación pasiva.

La testamentificación activa, también llamada Capacidad para heredar, sera aquella que establece el Código, expresando: pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente ese derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 1305, ya que la capacidad para testar es la regla general, esta capacidad general no implica que cualquiera que la tenga pueda hacer testamento mediante cualquiera de las formas establecidas por la Ley. Existen incapacidades relativas en cuanto a la forma: ya que no puede otorgar un testamento público abierto el que no pueda expresar cumplida y claramente su voluntad de acuerdo a los artículos 1489 y 1512; los que no saben o pueden leer, son inhábiles para hacer testamento público cerrado de conformidad con el artículo 1530; el demente en un intervalo de lucidez, no puede hacer otro testamento que el público abierto de

(22) Arce y Cervantes, José. Ob. Cit. p. 59

acuerdo al artículo 1307, el menor de edad no puede hacer testamento ológrafo como lo dispone el artículo 1551. Para hacer uso de las formas de los testamentos especiales, es necesario estar en las particulares circunstancias previstas para esos casos de conformidad al artículo 1501.

Tendrán incapacidad general para hacer testamento:

A.- Los que no hayan cumplido dieciséis años, sin distinción de sexo de acuerdo al artículo 1306 fracción I, es de observar que la Ley reduce la edad con respecto a la capacidad para obligarse al cumplir la mayoría de edad a los dieciocho años, entendiendo que la razón de ello es que al testar el menor de edad no esta comprometiendo su patrimonio, considerándolo con criterio suficiente para dejar una disposición mortis causa.

B.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio como lo señala el artículo 1306 fracción II, aunque las expresiones son incorrectas ya que a continuación en los artículos 1307 y siguientes se establecerá la posibilidad de que un demente en un intervalo de lucidez pueda otorgar testamento público abierto, debiendo señalar el Código: que están incapacitados los privados de su cabal juicio o que no tengan intervalos de lucidez. No se encuentran privados de la capacidad para otorgar testamento los ebrios consuetudinarios, los pródigos, los que no puedan o no sepan escribir, los ciegos, ni los sordos que sepan leer, los sordomudos que puedan escribir, mientras no

entren dentro de los casos de incapacidad por minoría de edad o demencia, aunque algunos de estos tendrán que sujetarse a formas determinadas para testar.

En relación al momento en que ha de entenderse la capacidad, el artículo 1312 establece que se estará especialmente al estado en que se halle el testador al otorgar el testamento, siendo que dicho término "especialmente" nos podría dar lugar a pensar en otro u otros momentos, sin embargo, el Código no nos hace mención de ningún otro, entendiendo Antonio de Ibarrola y José Arce y Cervantes, que se trata de un error de redacción toda vez que en el Código Español se establecerá en el mismo precepto el término "únicamente", con lo cual sería afortunada tal redacción, toda vez que se trata de un acto jurídico que ya es perfecto al momento de su otorgamiento, ya que no habrá de atenderse al momento de la muerte ni al tiempo transcurrido entre ésta y la fecha del otorgamiento.

Con relación a la testamentificación pasiva, la capacidad jurídica para suceder por testamento o ab-intestato es también llamada vocación testamentaria, la cual tiene toda persona natural que no este incapacitada por la Ley, manifestando Antonio de Ibarrola, que es: "La capacidad para suceder no es más que la aptitud para la vida jurídica en materia sucesoral, y esta aptitud se descompone en tres elementos:

A) EXISTENCIA, porque no puede adquirir quien no es sujeto de derecho.

B) CAPACIDAD, la cual en materia sucesorial es la regla, siendo la incapacidad la excepción. Se basa en motivos de orden social, que suelen ser independientes de la voluntad del testador. La incapacidad es una medida de PREVENCIÓN SOCIAL. Deben dejarse bien sentadas las diferencias entre la capacidad en general y la capacidad en materia sucesorial.

C) DIGNIDAD: este requisito supone la existencia y la capacidad; pero se funda en causas de orden moral, particularmente dependientes de la persona que ha de suceder." (23).

Toda vez que el sucesor va a entrar a sustituir a la persona fallecida en la titularidad de su patrimonio y de sus relaciones transmisibles al momento de la muerte del causante, es indispensable que sea un ser jurídicamente viviente con personalidad reconocida por el derecho; y que, como tal exista ya en el momento de esa muerte y sea capaz de ocupar el puesto que dejó vacante el difunto. De forma tal que la herencia no transmitiera al heredero la capacidad jurídica del causante si no tan solo los derechos y obligaciones de aquél, es decir aquellas relaciones de derecho existentes al tiempo del fallecimiento no desaparecen ni se extinguen sino que sufren una especie de

(23) Ibarrola, Antonio de. Ob. Cit. p. 949 y 950

transformación y se encaminan a diferente persona.

En tal virtud, José Arce y Cervantes manifiesta: "... personalidad y la capacidad son ideas similares pero distintas. El concepto de personalidad implica aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones y es inalterable. Es un concepto ontológico que el Derecho reconoce. Personalidad la tiene todo ser humano por el hecho de serlo... La segunda o sea la capacidad, se refiere a derechos y obligaciones necesariamente determinados y está sujeta a oscilaciones cuantitativas." (24). Afirmando que no todas las personas pueden adquirir todos los derechos que reconoce la Ley, porque en ciertos casos sin que se deje de reconocer que tal sujeto es persona, hay un impedimento para que ciertas personas adquieran determinados derechos que la Ley enumera de un modo limitativo.

Es así que la capacidad para heredar, tendrá su razón de ser en la naturaleza misma de las cosas y es necesaria para que nazca el derecho de suceder a favor del sucesor, ya que el presupuesto de la sucesión y que opera ipso iure al momento de la apertura con respecto a la herencia, en cambio, cuando existe algún impedimento para que ciertas personas adquieran la herencia, estaremos en algún caso de indignidad de esas personas determinadas o de algún impedimento para recibir esa determinada herencia. Se trata a decir de José Arce y Cervantes de: "... de

(24) Arce y Cervantes, José. Ob. Cit. p. 21

una construcción legislativa fundada, en gran parte en la voluntad presunta del de cujus y, en parte, en el respeto al sentido común o en disposiciones de orden público. Son un límite externo a la sucesión como obstáculo insuperable al llamado a la herencia y a la adquisición del carácter de heredero. Puede existir al tiempo de la apertura de la herencia o sobrevenir después. Opera "oficio iudicis" con respecto a la herencia de una persona determinada pero no con respecto a la herencia de otra." (25).

Mas que señalar de incapacidades se trata de prohibiciones para suceder, resumiendo que ninguna persona se encontrará privada absolutamente de la capacidad para heredar, pero que determinadas no pueden ser herederos de ciertas personas o de determinados bienes tal como lo señala el artículo 1313 del Código Civil.

Por falta de personalidad no pueden ser herederos:

I.- Los que hayan fallecido antes que el autor (fenómeno llamado premorencia).

II.- Las personas físicas que no hayan nacido al momento de la muerte puesto que la personalidad se adquiere con el nacimiento, sin embargo, desde que el individuo es concebido, aunque no haya nacido (el denominado nasciturus, que significa el

(25) Arce y Cervantes, José. Ob. Cit. p.20

ser que va a nacer), se le tiene por nacido y puede ser sucesor siempre que sea viable conforme al artículo 337 del Código Civil, señalando Ignacio Galindo Garfias: "... La institución de heredero o de legatario en favor de los concebidos pero no nacidos, produce el efecto de suspender la división de la herencia, hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo de la preñez (trescientos sesenta días posteriores al de la concepción) sin que haya tenido lugar el parto dentro de ese plazo; para el efecto de que si no hay alumbramiento en ese término amplísimo que la ley fija, si el producto de la concepción nace muerto, o no vive veinticuatro horas, ni es presentado vivo al Registro Civil, se podrá llevar a cabo la partición de la herencia y la adjudicación de bienes en favor de los herederos y legatarios, prescindiendo enteramente de los eventuales derechos que habría adquirido el heredero póstumo que no llegó a nacer y por lo tanto, la herencia se distribuirá en su totalidad entre las demás personas con derecho a heredar." (26).

También señala que la naturaleza cautelar o conservatoria de la protección legal a que se refiere el artículo 22 del Código Civil, aparece clara, en el caso de que se cumpla cualquiera de los dos requisitos que establece el artículo 337 ya que si el feto vive veinticuatro horas después de nacido o si se ha presentado vivo al Registro Civil (aunque no haya vivido ese lapso de veinticuatro horas) el ser humano ha adquirido la

(26) Galindo Garfias, Ignacio. DERECHO CIVIL. México, Editorial Porrúa, S.A., Undécima Edición, 1991, p. 317

personalidad. Por lo tanto, si llegare a morir después de este lapso, se abre su sucesión hereditaria a la cual concurrirán por derecho propio, los herederos de esa persona, porque reconocida su personalidad, tiene capacidad para adquirir un patrimonio que al morir se trasmite a sus herederos legítimos.

Por otro lado el no concebido denominado: concepturus, en nuestra legislación no puede ser sucesor en términos del artículo 1314, ya que la razón es porque no puede dejarse un patrimonio sin titular actual, que además no se sabe si existirá en el futuro. La capacidad para heredar debe tenerse al momento de abrirse la sucesión, no existe inconveniente en que el testador nombre herederos a personas que en el momento de testar, no tengan personalidad, ya que en términos del artículo 1315 es válida la disposición hecha en favor de: "los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas, durante la vida del testador". De lo anterior es necesario indicar: Que no es precisa ya que al usar la palabra: nacieren, puesto que pueden ser herederos los no nacidos pero sí concebidos; y que aunque no lo expresa, es válida la designación de herederos a favor de personas morales que en el momento del otorgamiento del testamento, no tenga aún existencia, ya que el que todas esas personas puedan o no ser herederos, dependerá de su capacidad al abrirse la sucesión.

III.- Con relación a las personas morales que no estén constituidas ya al momento de la muerte del de cujus. Sin embargo, cuando una persona afecte sus bienes por testamento para crear una

Institución de Asistencia Privada no podrá hacerse valer la falta de capacidad derivada de los artículos 1313 y 1314 del Código Civil.

IV.- Anteriormente por falta de personalidad de acuerdo a lo establecido en los artículos 27, fracción II y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las asociaciones religiosas o denominadas iglesias, aunque en términos de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, tendrán esta personalidad jurídica propia y podrán adquirir bienes pero no de forma ilimitada y previa declaratoria de procedencia que les otorgue la Secretaría de Gobernación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 17 fracción I de la legislación antes señalada.

Con relación a lo que señala el Código Civil en su artículo 1798 relativo a la capacidad para los actos jurídicos, indicando: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley", en el artículo 1313, se estableciera que la capacidad para heredar es la regla general, en los términos siguientes:

A.- Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar: No garantiza el código este derecho a los que no habiten fuera del Distrito, en donde el Código Civil no tiene vigencia. Observando que el adjetivo habitantes es, de suyo, poco preciso y no sería aplicable a las personas morales.

B.- También las personas morales tienen capacidad para ser herederas o legatarias puesto que cuentan con personalidad lo que se desprende de lo establecido en los artículos 26 y 1668 del Código Civil.

C.- La capacidad no puede ser privada de un modo absoluto, ni por sanción penal, ni por sentencia civil. Pero para que el heredero pueda suceder basta que sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, en términos de los establecido en el artículo 1334, pero si la institución fuere condicional es necesario, además que sea capaz al tiempo en que se cumpla la condición impuesta por el testador de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1335.

Del referido artículo 1313, hablara después de incapacidades relativas o sea con relación a determinadas personas y en ciertas circunstancias, a decir de José Arce y Cervantes, citando a Antonio Hernández Gil, "En realidad... sería más adecuado hablar de prohibiciones de suceder. Ninguna persona está privada absolutamente de la capacidad de ser heredera pero algunas no pueden serlo de ciertas personas." (27). De ahí la siguientes:

I.- Por razón de delito, por esta causa son incapaces de heredar;

(27) Arce y Cervantes, José. Ob. Cit. p. 23

1.- El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte al de cujus o a sus padres, hijos, cónyuge o hermanos o por delito que merezca pena de prisión contra cualquiera de esas personas.

2.- El que haya hecho contra el de cujus, sus ascendientes (no solo padres), descendientes (no solo hijos), hermanos o cónyuge, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión. Para que esta pena tenga lugar se requiere:

a) Que el acusador fuere descendiente, ascendiente, cónyuge o hermano del autor, aunque la acusación sea fundada;

b) Que no haya sido precisa la acusación para que el acusador salvara la vida o la honra a la de sus descendientes, ascendientes, hijos o cónyuge;

c) Que aunque el acusador no fuere descendiente, ascendiente, cónyuge o hermano del acusado, la acusación sea declarada calumniosa.

3.- El cónyuge que ha sido declarado adúltero, respecto al inocente y el coautor del cónyuge adúltero respecto a éste o al inocente.

4.- Los padres que hubieran expuesto a sus hijos, que los abandonaren o que prostituyeren a sus hijos o atentaren a su pudor, respecto a los ofendidos.

5.- Los demás parientes que no hubieren cumplido con la obligación de darle alimentos.

6.- Los parientes del autor que no se cuidasen de recoger o hacer recoger en establecimiento de beneficencia al autor de la sucesión cuando éste estuvo imposibilitado de trabajar y sin recursos.

7.- Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo o de hacerlo recoger en establecimiento de beneficencia.

Las incapacidades por delito señaladas hasta aquí, privan también del derecho de percibir alimentos que les correspondería con cargo a la masa hereditaria.

8.- El que usare de violencia, dolo, o fraude con una persona para que haga , deje de hacer o revoque su testamento.

9.- El que, conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, sustitución o suposición de infante siempre que se trate de la herencia que debió corresponder a esté o a las

personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con esos actos.

Las incapacidades por razón de delito se rigen por las reglas siguientes:

Pueden ser perdonados por el agraviado u ofendido, en cuyo caso, el ofensor recobra la capacidad de heredar. Si se trata de suceder por testamento se necesita que el perdón sea expreso por testamento o tácito por testamento. Se entiende que es tácito si el ofendido, después de conocido el agravio, instituye heredero al ofensor o revalida su institución. Señala José Arce y Cervantes, que para algunos doctrinarios el perdón otorgado tampoco es revocable cuando se revoca el testamento, ya que en realidad no se trata de revalidar una institución que en si misma es ya válida. Entendiéndose que será necesario otorgarlo repitiendo las formalidades del testamento de acuerdo a lo que señala el artículo 1319. Mencionando que en la práctica y para no dejar sujeta a una prueba posterior la circunstancia de que el testador conocía el agravio, será prudente hacerla constar en el testamento por declaración del testador. Si se trata de suceder por intestado, el perdón deberá constar en declaración auténtica o por hechos indubitables en términos del artículo 1318 del Código en comento, en el caso de sucesión testamentaria y existiendo ya uno otorgado no se recobra la capacidad aún cuando el perdón conste por declaración auténtica pudiendo ser esta inclusive en instrumento público o por hechos indubitables, si la institución

no se revalida en términos de lo que establece el artículo 1319 del Código Civil.

También es de señalar que en los casos de intestados, los descendientes del incapaz de heredar por las causas expresadas en el artículo 1316, heredaran en lugar de su padre y éste no tendrá derecho al usufructo sobre los bienes heredados ni la administración que la ley otorga a los padres sobre los bienes de los hijos.

II.- Por falta de reciprocidad internacional son incapaces de heredar por testamento y por intestado a los habitantes del Distrito Federal los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de mexicanos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1328 del Código Civil.

III.- Por causa de utilidad pública los extranjeros y las personas morales tienen las limitaciones que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus leyes reglamentarias en términos del precepto 1327 del Código en comento, así como del artículo 27 de la Constitución y su Ley Orgánica y reglamento. Ya que de conformidad con lo dispuesto al artículo Sexto de la Ley Orgánica, la Secretaría de Relaciones Exteriores podrá autorizar al extranjero que lo solicite adquirir los derechos cuya adquisición estuviere prohibida con la condición

de que los trasmita dentro del plazo de cinco años, los cuales podrán ser prorrogados en determinados casos.

IV.- Por rehusar el desempeño de la tutela legítima sin causa legítima, no tienen derecho a heredar a los incapaces de que deben ser tutores las personas que se hayan rehusado a desempeñar el cargo de acuerdo a lo señalado en el artículo 1333 del Código Civil, ya que esta disposición no distingue entre sucesión testamentaria o intestamentaria, deber entenderse que no tiene derecho a heredar en ninguno de esos casos, y que dentro del término incapaces se comprenderán los menores de edad así como los mayores sujetos a estado de interdicción. Siendo posible en efecto que un menor de edad hubiese hecho testamento entre los dieciséis y diecisiete años y que antes de llegar a la mayoría de edad, pierda al juicio o que lo pierda cuando ya sea mayor de edad.

Las incapacidades planteadas no producen el efecto de privar al incapaz de lo que hubiere de recibir, sino después de declaradas en juicio, a petición de algún interesado. El Juez no puede promoverlas de oficio en términos del artículo 1341 del Código Civil. la acción para declarar la incapacidad, prescribe en tres años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado, salvo las incapacidades de interés público que no prescriben. En el caso de que un incapaz que haya poseído la herencia y luego la pierde hubiera enajenado o gravado en todo o en parte antes de ser emplazado al juicio, el Código establece que si el que contrato con él estaba de buena fe subsistirá el

contrato, pero el incapaz deberá indemnizar al heredero legítimo de daños y perjuicios, como lo preceptúa el artículo 1343 del Código Civil.

V.- De acuerdo a lo establecido en el artículo 266 Bis, segundo párrafo, del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, establece que el cometa el delito de violación en los términos ahí indicados perderá el derecho de heredar al ofendido.

Con relación a las indignidades hay que señalar que son meramente personales en el sentido de que no perjudican a los descendientes o sustitutos del indigno. El Código lo hace notar aunque se refiere sólo a los casos de intestado. Es claro que la indignidad del presunto heredero tampoco puede afectar al sustituto testamentario o legal, porque esto sería una pena trascendental que esta prohibida por el artículo veintidós de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con relación a la presunción de influjo contrario a la libertad del testador y a la verdad e integridad del testamento son incapaces para heredar por testamento:

a) Los tutores y curadores del menor si son instituidos cuando ya están nombrados para ese cargo, pero en esta incapacidad

no quedan contemplados los ascendientes ni hermanos del menor, en términos expresados en los artículos 1321 y 1322 del Código Civil.

b) Los que fueren tutores y curadores del que ya es mayor de edad si son instituidos antes de aprobarse las cuentas de la tutela. La excepción que señala el artículo 1322 a favor de los ascendientes y hermanos del menor deben también aplicarse a este caso aunque el testador ya no sea menor es decir un mayor sujeto a estado de interdicción, por ser clarísima la intención del legislador de no declarar incapaces a esos parientes.

Tampoco por la misma presunción, no pueden ser herederos:

a) El médico que haya asistido al testador en su última enfermedad, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes y hermanos, siempre que la disposición testamentaria haya sido hecha en esa enfermedad. Esta incapacidad no opera si los herederos instituidos son también herederos legítimos, de acuerdo al artículo 1323 de Código en comento, teniendo en cuenta que no se requiriera que efectivamente sean herederos legítimos, sino que se refiere a los que la ley hubiera llamado a la herencia legítima en caso que la hubiere.

b) El notario público, los testigos que intervinieron en el testamento y sus respectivos cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos, de conformidad con el artículo 1324 del

Código Civil, Con relación a lo que señala el artículo 1502, fracción VI que prohíbe el concurso como testigos a los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos y aclara que el concurso de estos testigos sólo produce la nulidad de la disposición que a ellos beneficie. Se estima que en esta incapacidad no sólo quedan excluidos los dos testigos instrumentales de haberlos que pueden intervenir en los testamentos públicos sino también el que firme a ruego del testador porque la ley lo refiere como testigo y porque interviene en el testamento, retomando la incapacidad con relación al notario, a su cónyuge, parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grado, a la consanguínea hasta el cuarto grado y las afines en la colateral hasta el segundo grado, están regidos por la ley adjetiva que regula los instrumentos públicos y el ejercicio del notariado, ya que de conformidad con el artículo 35 fracciones III y IV de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en relación con el artículo 103 de la misma ley, el hecho de la intervención de esas personas o del interés de alguna de ellas en el testamento, anula el acto relativo pero valdrán los demás que no están en el caso.

c) Los cónsules, ministros, vicecónsules que tienen fe pública para hacer constar los actos jurídicos que deban ser ejecutados en territorio mexicano, ya que recordemos que dichos funcionarios en términos de la Ley del Servicio Exterior Mexicano, tienen funciones para actuar como Notarios Públicos y

hacer constar actos en que intervengan nacionales en el extranjero.

d) Los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros de los cultos religiosos respecto a las personas de quienes hayan prestado cualquier clase de auxilios espirituales durante la enfermedad de que hubieran fallecido de quienes hayan sido directores espirituales de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1325 del Código Civil y 15 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

Es de resaltar que la ley concede importancia suprema a las incapacidades ya que sanciona con la pena de privación de oficio al notario que a sabiendas autorice un testamento en que se nombren herederos a las personas citadas. Claro esta que debiera probarse de que el notario conocía esas circunstancias.

También por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento, son incapaces de heredar por tal testamento los que nombrados en él tutores, curadores o albaceas que hayan rehusado el cargo sin justa causa o por mala conducta o hayan sido separados judicialmente de su ejercicio, señalando el artículo 1696, que el albacea que renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiere dejado el testador y, si fuere por causa justa, también perderá lo que le hubiere dejado si es que fue con el objeto exclusivo de remunerarlo por el desempeño de ese cargo. En tanto el artículo 1699 impone la misma pena al albacea que no

desempeñare su cargo mientras se decide sobre la excusa por él presentada. La razón de esas disposiciones es clara ya que si el testador ha encomendado esas funciones a una persona determinada es porque quiere depositar en ella su confianza y sería injusto que el designado rechazara el cargo que le confirió el testador, ahora ya fallecido y que no obstante el rechazo, resultara beneficiado gratuitamente por virtud del testamento.

Por motivos políticos, se establecerá que comprende a los ministros de los cultos y a los pobres en general así como a las denominadas disposiciones pro-anima; en cuanto a los primeros se les priva la capacidad de ser herederos por testamento, pero no por intestado, de los ministros de los mismos cultos o de un particular con quien no tienen parentesco dentro del cuarto grado en términos de lo que establece el artículo 1325, primera parte, con relación a los segundos se estará a lo que dispone la Ley de Instituciones de Asistencia Privada, al señalar que tales disposiciones se entenderán en favor de la Asistencia Privada y podrá crearse para tal efecto una institución de asistencia privada. Similar tratamiento se dará de acuerdo a esa ley cuando existan disposiciones a favor de los pobres en general, siendo que no es congruente porque pasa por encima de la voluntad expresa del testador. No la justifica el argumento de la indeterminación de los beneficiarios porque aunque efectivamente lo estén, su existencia desgraciadamente es cierta y en definitiva son determinables y se pueden encontrar e individualizar. Sin embargo, podría justificarse si con ello se busca que la voluntad del

testador en cuanto a los pobres, sea efectivamente cumplida por medio de la Asistencia Privada, ya que de otro modo no habría nadie que exigiera el cumplimiento de la voluntad del testador y podría quedar sin cumplirse.

1.- LA INSTITUCION DE HEREDERO.

El heredero está considerado como elemento fundamental en la teoría testamentaria, ya que será éste la persona continuadora o sustituta del causante o autor de la sucesión en la titularidad de su patrimonio.

La legislación lo caracteriza porque adquiere a título universal ya bien sea la totalidad del patrimonio o una parte alícuota del mismo, convirtiéndose en el causahabiente del autor sustituyendo a éste, siendo por tanto el que respondera, de las cargas de la herencia, es así que el término de heredero suscita la idea de que esa persona es el sucesor del fallecido, de tal forma que se considera que el carácter de heredero, si no es un estado, es una condición en la que se encuentra dicha persona que ya sea por disposición de ley o de la voluntad del testador recibirá el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que forman la masa hereditaria debiendo como se manifestó anteriormente cubrir los pasivos a cargo de la sucesión, esta condición de heredero, es hasta cierto punto intuitu personae, ya que trae consigo efectos jurídicos propios, puesto que el heredero podrá realizar la cesión de sus derechos hereditarios, inclusive de la

totalidad de los mismos, no podrá transmitir su condición de heredero y en caso de que así fuera, estaría obligado a conservar su condición ya que deberá encargarse de ciertas obligaciones como lo serían: los funerales del autor de la herencia, velar por su fama y cumplir con ciertas disposiciones de carácter no patrimonial, ni económico que seguramente estableció el testador en forma personal con su causabiente.

La institución de heredero es el nombramiento que debe hacerse en el testamento de la persona o personas que han de heredar al autor de la herencia, para Edgard Baqueiro Rojas, la institución a evolucionado y se ha establecido en nuestro sistema actual en los siguientes términos: "1. Puede haber coexistencia de las sucesiones testamentarias con los intestados. Los bienes no dispuestos por testamento forman la sucesión intestada. 2. El testamento es válido aun cuando no exista heredero, ya que por haber fallecido antes del testador, por ser incapaz de heredar o porque renuncie a la herencia. 3. Las disposiciones testamentarias son válidas aunque la institución de heredero no lo sea; así, los legados, los reconocimientos de deudas o cualquier otro tipo de deber moral consignado en el testamento debe ser cumplido por el heredero que lo sea por intestado." (28).

Siendo considerada la institución más venerable y
(28) Baqueiro Rojas, Edgard y otra. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES, México, Editorial Harla, 1990, p. 298

tradicional en materia de sucesiones, ésta deberá recaer en persona perfectamente determinada, estableciendo la legislación las reglas para su designación:

10. El heredero o herederos deben ser designados por su nombre y apellidos.

20. Si hubiere varios con ese nombre y apellidos, deben agregarse otros nombres y circunstancias que lo distingan de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1386 del Código Civil.

También de acuerdo con nuestra legislación será posible que la omisión del nombre no anule la institución, si de otra forma se supiere ciertamente cuál es la persona instituida, ya que nuestro sistema testamentario no está basado en la sacramentidad, de conformidad con el artículo 1388 de la legislación en comento.

Se considera ineficaz la institución cuando no puede conocerse a qué persona quiso nombrar el testador por alguna de las siguientes causas: a) Si varios individuos caben dentro de lo expresado en el testamento por el nombre y circunstancias de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1389 del Código Civil; y b) Si recae en favor de persona incierta, a menos de que, por algún evento, pueda resultar cierta de acuerdo con el artículo 1390.

Sera el testador quien deberá designar al heredero, no pudiendo dejar la designación al arbitrio de un tercero el

nombramiento de heredero ni lo que debe de heredar de conformidad con el artículo 1297 de la legislación, siendo entonces que la disposición dejaría de ser un acto de voluntad del testador para convertirse en la voluntad de ese tercero. Es conveniente indicar que la legislación suple las deficiencias de expresiones cuando se habla de parientes, ya que en términos del artículo 1300 se entenderá que se refiere a los parientes próximos, según el orden de la sucesión legítima, o cuando no se especificaron partes al señalar en el 1381 sin designación de la parte que a cada uno corresponde, heredarán por partes iguales.

Junto con la determinación de la persona, debe existir la fijación de los bienes que deja bajo pena de nulidad de la disposición en términos del artículo 1390 del Código Civil, porque en este caso tampoco habría una voluntad completamente expresada. Sin embargo cuando el testador manifieste que deje como herederos o legatarios a un número indeterminado de clases formado por un número ilimitado de individuos tales como pobres, huérfanos, ciegos, etcetera, puede encomendarse a un tercero tanto la elección de personas como la distribución de las cantidades de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 1298 y 1299 de la Legislación en comento.

La institución de heredero puede ser pura y simple o tener modalidades entra las cuales podrían estar la condición, el término (esté no válido para el nombramiento de heredero) el modo y la hecha con expresión de causa, estas posibilidades se basan en

la libertad y soberanía que tiene el testador para disponer de sus bienes y derechos y para hacerlo en las formas y condiciones que estime pertinente, dentro de ciertos causes legales:

La condición, al establecer sus intereses mediante el negocio jurídico, el autor del acto puede tener motivos para no atribuir a su disposición un valor incondicional e inmediato sino subordinar el comienzo de su vigencia o su permanencia a la verificación de un evento o a la aclaración de una duda que tuviere el autor. Si éstos fueren motivos puramente subjetivos e internos del autor del acto, serían intrascendentes, por lo que, si desea que se tomen en cuenta estos motivos, ha de llevarlos a ser parte integrante del contenido del negocio y de ahí nacen la condición, el término, el modo, la reserva, el pacto limitativo, la caducidad. Solo así se coloca al interesado en situación de superar la barrera del presente o la incerteza de la duda y de dominar la situación de hecho actual o futura en lugar de quedar sujeto al azar de sus propios errores de conocimiento o previsión. Estas modalidades no son determinaciones accesorias separables del negocio sino que forman con él un todo inseparable. Se llama condición a la previsión hipotética de un acontecimiento objetivamente incierto y también al acontecimiento mismo. Este juicio hipotético es doble y tiene carácter alternativo: puede consistir en que, si el evento no se realiza (condición suspensiva), el orden previsto por el negocio no tendrá lugar o que cesa en su efectividad (condición resolutoria no realizada); o, que si se produce tal acontecimiento, la regulación establecida

en el negocio tendrá vigor (condición suspensiva) o que permanecerá en vigor definitivamente (condición resolutoria realizada). La incertidumbre del evento previsto produce una situación de pendencia y dura hasta que se realiza o cuando no ocurra o sea cierto que no puede realizarse.

Es el artículo 1344 el que señala que el testador es libre para establecer condiciones. En lo que no esté previsto por el capítulo relativo, se estará a las condiciones por las reglas generales en materia de obligaciones, se trata entonces de la verdadera figura de la condición que tiene efectos retroactivos, que es suspensiva cuando de su cumplimiento depende el nacimiento de la obligación; y resolutoria cuando su cumplimiento resuelve la obligación, como si esa obligación no hubiera existido. El código también establece que la disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado o presente desconocidos, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiera después de la muerte del heredero o legatario. Establece también que la falta de cumplimiento de la condición no perjudicará al heredero o legatario cuando éstos hayan empleado todos los medios para cumplirlo. Estableciendo el capítulo relativo del Código estas normas:

I.- Anulan la institución: a) Las condiciones físicas o legalmente imposibles (en las que deben contemplarse las condiciones ilícitas) al igual que en las obligaciones, pero si la que lo era al tiempo de hacer el testamento, dejare de serlo a la

muerte del testador, será válida. b) La condición de que el heredero o legatario hagan en su testamento disposición a favor del testador o de otra persona (condición captatoria).

II.- Se tendrán por no puestas: a) La condición de no dar o de no hacer; b) La de no impugnar el testamento o sus disposiciones, bajo la pena de perder el carácter de heredero o legatario; c) La impuesta al heredero de tomar o dejar de tomar estado; d) La designación de día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, o sea en realidad al nombramiento de heredero sujeto a plazo, confundido aquí con la condición.

Con relación a la disposición penúltima puede señalarse que el concepto de tomar o no tomar estado no puede referirse a lo que se llamaba estado eclesiástico, que es un estado que en nuestra legislación no tiene relevancia, ni tampoco el estado de hijo, de padre, o de cualquier otra situación catalogada como de estado civil que no sea el matrimonio. Este es el único posible a que puede referirse esta disposición. Ya que es claro que la condición absoluta de contratar o no contraer matrimonio sea considerada contra las buenas costumbres y por tanto ilícita porque el matrimonio por esencia supone plena libertad de los contrayentes.

Por otra parte se considera que cualquier condición que invite a actuar contra la conciencia o la vocación de una persona,

es ilícita, y debería considerarse como no puesta, de acuerdo por lo establecido en el artículo 1358 del Código Civil.

De tal forma que al referirse también a que cuando se deja el usufructo, uso, habitación a una persona mientras permanezca viuda o soltera, a que se refiere el artículo 1359, desde luego esta situación no está comprendida dentro de la prohibición a que se refiere el artículo 1358 ya que: A) No esta encaminada a promover o a prohibir el matrimonio; y B) No se trata de una verdadera condición. Ya que en efecto el testador no desea que el beneficiario contraiga o no matrimonio ni menos que el hecho de contraerlo o de no contraerlo produzca la suspensión o la resolución del beneficio con efectos retroactivos, sino de beneficiar a una persona, mientras se encuentre en estado de soltería o de viudez.

De tal forma que el artículo 1359 permite que se deje el uso, habitación o pensión alimenticia periódica o que equivalga a esa pensión por el tiempo en que permanezca soltero o viudo, pero como no se trata de una verdadera condición, consideramos que sería válido cualquier legado o cualquier tipo de pensión aunque no sea alimenticia o equivalente de ésta como lo permita expresamente el artículo citado. Porque tal artículo es una disposición permisiva o a título de ejemplo, pero no una disposición limitativa como única posible, porque no hay una razón jurídica que impida al testador beneficiar a una persona mientras cambia de estado, ya que en estos casos de condición, mientras

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

está en posibilidad de realizarse, existiera una situación de pendencia.

La legislación estableciera estos efectos para los casos en que exista condición: 1) La condición que suspende por cierto tiempo la ejecución del testamento, no impide que el heredero o legatario adquiera derecho a lo que se le deja y lo transmitan a sus herederos de acuerdo al artículo 1350; 2) Si no hay plazo señalado para el cumplimiento de la condición, la cosa legada permanecerá en poder del albacea y al hacerse la partición se asegurará el derecho del legatario, y se seguirán las reglas de partición de los herederos condicionales de acuerdo al artículo 1350 de la Legislación, pero como en el capítulo relativo a la partición no establece nada relativo a este caso, podría aplicarse por analogía lo que dispone el artículo 1770; 3) Cumplida la condición, se retrotrae al tiempo de la muerte del testador de conformidad con el artículo 1360 del Código Civil.

Para el caso de muerte del beneficiario antes de realizarse la condición suspensiva, hay dos disposiciones que parecen contradictorias: el artículo 1350 que establece que el beneficiario adquiere el derecho y lo transmite a sus herederos y el 1336 que dice que no las transmite. Tratando de explicar lo anterior se dira que el derecho del beneficiario tiene un valor patrimonial y la posibilidad de convertirse en titularidad definitiva, por lo que entra a formar parte del patrimonio del titular y de sus herederos en su caso; que esto depende de la

naturaleza que el testador quiso dar a la condición. Si la establece como condicionante de la cualidad de heredero o sea que va unida a la cualidad personal del beneficiario de modo que solamente éste puede cumplirla, y si este fallece sin haberla cumplido, el derecho adquirido por él no se trasmite a sus herederos, como lo dispone el artículo 1336 y si la condición puede ser cumplida después de la muerte del heredero, éste sí trasmite el derecho a sus herederos, caso del artículo 1350.

Resumiendo que cuando se desprenda del testamento que la realización de la condición, objetiva, como hecho o la no realización, es lo único que tenía en cuenta el testador o no que fuera realizada precisamente por el heredero o legatario en persona, pendiente la realización, es una situación jurídica que debe tener la protección de derecho en los términos del artículo 1942 y que por tanto, es transmisible por herencia.

El efecto de la muerte del beneficiario, heredero o legatario antes del cumplimiento de la condición suspensiva, en tratándose de las disposiciones de última voluntad, no se adquiere ni se trasmite derecho hasta que la condición se cumpla. Se está, en este caso, en una situación de pendencia que requiere protección jurídica mientras no se sepa si se va o no a cumplir la condición.

Nuestra legislación dispone que para que el heredero pueda suceder, basta que sea capaz al tiempo de la muerte del

autor de la sucesión de acuerdo al artículo 1334, pero que si la institución es condicional, se necesitará que el heredero sea capaz al tiempo en que se verifique la condición de acuerdo al 1335. Por esta razón, si muere antes que se realice, no se lleno el requerimiento de esa capacidad y, por tanto no adquiere ningún derecho ni trasmite ese derecho condicional a sus herederos de conformidad con el artículo 1336. En estos casos, la muerte antes de realizarse la condición, produce la caducidad de la institución o del legado.

Sin embargo, estos conceptos parecen estar contradictorios ya que el artículo 1350 dispone que: "la condición que solamente suspende por cierto tiempo la ejecución del testamento, no impedirá que el heredero o el legatario adquieran derecho a la herencia o al legado y lo trasmitan a sus herederos".

Para José Arce y Cervantes, existira una contradicción semejante en el Código Civil Español, ya que: "...en sus artículos 759 y 799. El mismo Castán- refiriendose a José Castán Tobeñas- en el lugar citado expresa que probablemente se deba a ser el ultimo artículo una copia descuidada y errónea de los artículos 1,041 del Código Francés y del 854 del italiano. Dice el artículo 1,041 del Código Francés: "La condición que, en la intención del testador, no hace sino suspender la ejecución de la disposición, no impedirá al heredero instituido o al legatario el tener un derecho adquirido y transmisible a sus herederos". Y esto no obstante que el artículo anterior de mismo código establece la regla general de

que el fallecimiento del heredero antes del cumplimiento, será caduca. tanto Castán como Ripert, están de acuerdo en que con la palabra condición en los artículos que hemos citado como contradictorios de la tesis general, más que a una institución a término incierto (el que forzosamente llegará aunque no se sepa cuándo) y, efectivamente así parece ser puesto que nuestro artículo 1,350 habla de la condición que suspende por cierto tiempo y esta expresión sólo puede referirse a un acontecimiento que forzosamente ha de llegar. La opinion mas general, como lo expresa Castán, es que la contradicción es real e insoluble pero que la gran probabilidad es la de que el heredero condicional no adquiere no ni trasmite derecho alguno mientras no se cumpla la condición. Por lo que hace a nuestro Derecho creemos que el artículo 1,350 se refiere al término incierto (mal calificado de condición) pero como la herencia no puede estar sujeta a término, el artículo citado, en todo caso, sería aplicable solamente en casos de legados sujetos a esta modalidad." (29).

Es de señalarse que la disposición testamentaria sujeta a plazo hace referencia también a un acontecimiento futuro, la llegada de un día, de un acontecimiento, pero, a diferencia de la condición, ese día o ese acontecimiento necesariamente ha de llegar en términos de las obligaciones y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 1953 y 1954 del Código Civil, pero no influye en la existencia de la disposición testamentaria, sino
(29) Arce y Cervantes, José. Ob. Cit. p. 80 y 81

sólo en cuándo empezará o cuándo dejará de ejecutarse, o sea que el plazo puede ser suspensivo o resolutorio o extintivo. En diversas legislaciones está permitida la institución de heredero sujeta a plazo, pero no en la de estudio, consecuentemente el principio: heredero siempre, siempre heredero, se tiene por no puesta de acuerdo al precepto 1380 del Código Civil. En cambio sí esta permitido para los legados de acuerdo al artículo 1702, tanto la sujeta al plazo suspensivo de acuerdo al 1364 y también al extintivo de conformidad a los artículos 1363 y 1366.

De forma general en la doctrina se señala que el modo, es una carga impuesta al que recibe una liberalidad. No suspende ni resuelve el vínculo contractual ni la disposición testamentaria, pero constriñe y obliga al aceptante a cumplir con la carga que se impone. En materia contractual, constituye una prestación accesoria que, aunque no los hace conmutativos, disminuye el beneficio del beneficiado. No suspende el nacimiento del derecho ni lo hace incierto: produce inmediatamente su efecto pero el modo obliga a la carga impuesta. La falta de cumplimiento no opera de pleno derecho la resolución del acto: es sólo una causa de que se pida su ejecución. En esto se diferencia de la condición y por tal se afirma: la condición suspende pero no obliga; el modo obliga pero no suspende. La voluntad del testador, cuando está condicionada, es diferente de la voluntad con modo o carga. Cuando hay condición es que el testador ignora el futuro y le interesa para su decisión. de tal forma que querría que X fuera heredero o legatario si sucediera tal cosa o que dejara de

serlo si ocurriera tal cosa. Si se realiza la condición prevista, entonces el querria se convierte en quiero o en no quiero, según el caso. En el modo o carga, no le interesa al testador un acontecimiento futuro determinado. quiere que la persona a quien grava con la carga sea heredera o legataria sin más, pero también quiere que la persona Z reciba un beneficio por manos de ese heredero o legatario. Podría nombrar como legatario al que quiere beneficiar con la carga, pero no lo hace porque, entonces esta persona sería parte en el juicio sucesorio y pudiera ser que esto no conviniera al testador por temor de que el beneficiario fuera un obstáculo en la tramitación del juicio o porque sería demasiado molesto para el beneficiado el hecho de inmiscuirlo en el procedimiento. En muchos casos no valdría la pena hacerlo participar en el juicio sucesorio porque, de todas maneras, el favorecido con la carga impuesta, va a recibir el beneficio ya que tiene una acción contra la persona gravada para que le entregue el beneficio, sin necesidad de ser parte en el procedimiento sucesorio.

En la legislación la carga no sigue la doctrina sino que se considera como condición resolutoria de acuerdo al artículo 1361, lo que quiere decir que su incumplimiento en materia testamentaria resuelve el nombramiento de heredero o de legatario. El artículo 1394 permite que el testador grave con legados no sólo al heredero sino a los mismos legatarios y establece que si la carga no recibe todo el legado, se reduce proporcionalmente la carga y si sufre evicción, puede repetir lo pagado de acuerdo al

artículo 1420 del Código Civil. Para el caso en que no se haya señalado tiempo para el cumplimiento de la carga, ni ésta por su naturaleza lo tuviere se estará a lo dispuesto a la regla del artículo 1351 del Código Civil.

También se hablara de que se llama: expresión de la causa, a aquélla que contiene el motivo determinante de la misma. En el Código existen dos disposiciones sobre el particular: las disposiciones testamentarias que se funden en causa expresa que resulte errónea, si fue la única que determinó la voluntad del testador, no tiene ningún efecto, de acuerdo con el artículo 1301, y si la causa es contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tiene por no escrita de conformidad con el artículo 1304, o sea que no invalida la disposición testamentaria.

2.- LA INSTITUCION DE LEGATARIO.

Desde el Derecho Romano el legado es una disposición a título gratuito por el cual el testador individualiza del conjunto de sus bienes un valor, que en vez de ir a parar a la persona del heredero lo atribuye a otra persona denominada legatario con lo cual se quita al heredero una parte del beneficio de su vocación. Definiendo, Antonio de Ibarrola, como: "...es una disposición testamentaria por la cual el testador manda una cosa o porción de bienes, a título singular, a una persona o personas determinadas."

(30).

(30) Ibarrola, Antonio de. Ob. Cit. p. 832

Dentro de nuestro Derecho actual, en concordancia a lo señalado anteriormente, los legados se definen como actos de disposición mortis causa a título singular, aunque pueda adoptar diversas formas y maneras, dentro de los elementos personales que intervienen estarán: el que lo ordena, que sólo puede ser el testador; el que lo recibe, que es propiamente el legatario y el que lo debe prestar, que es la persona gravada con el legado. Las reglas de capacidad para dejar legados en testamento, la capacidad para recibirlos y las cosas, derechos o hechos que pueden ser materia de legados, se rigen por las normas respectivas que se señalaron en la institución de heredero, ya que el artículo 1391 establece que si no hay disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas de los herederos.

Sera el artículo 1382 de Código Civil, el que nos indicara que el heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse como legatario, disponiendo el 1392, que el legado puede consistir en la prestación de la cosa o en algún hecho o servicio.

Se establece que al legatario a diferencia del heredero se le atribuyen cosas singulares o un conjunto singular de cosas: se tratara también de una sustitución en la titularidad de un bien o derecho pero éste sera a título particular y no sustituye al de cujus en la titularidad del patrimonio sino sólo en las cosas singulares. Como tal se afirma que en principio no responde de las cargas de la herencia de acuerdo al artículo 1285 del Código

Civil, ni tampoco los legados con los cuales no está expresamente gravado. Sin embargo, como consecuencia de que el patrimonio de una persona responde del cumplimiento de todas sus obligaciones, el legatario tiene una responsabilidad subsidiaria con los herederos de acuerdo a los artículos 1285, 1763 y 1764 del Código en mención, aún más: si toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios se consideran como herederos de acuerdo al artículo 1286, y responden de las deudas de la herencia, no subsidiariamente sino como los únicos obligados y entre ellos se prorratan tales deudas de conformidad con el artículo 1411 del Código Civil. La clasificación de una disposición testamentaria realizada por el testador como herencia o legado, no tiene relevancia definitiva porque no hay que atender a la palabra que usó el testador sino al efecto que provocara su disposición.

Existe compatibilidad para que una persona pueda ser heredero y legatario en un testamento, pero nunca podrá haber legatario si no existe testamento, siendo que el heredero existe en las sucesiones testamentarias o intestamentarias.

Por sus formas el legado es difícil de definir, ya que en principio aunque se trate de una liberalidad que hace el autor de la sucesión, este carácter no es esencial porque puede estar gravado con una carga que lo haga económicamente nulo. Se afirma que tampoco es siempre una transmisión de bienes del testador al legatario porque puede consistir en la entrega de una cosa ajena. José Arce y Cervantes se refiere a Roberto de Ruggiero al señalar:

"...lo define como una disposición atributiva de un derecho particular a cargo de la herencia, con animo de beneficiar..." (31).

El testador también puede gravar a los herederos o legatarios con legados. Es necesario señalar que en principio el legado es indivisible, ya que no se puede aceptar una parte y repudiar otra de acuerdo al artículo 1397, pero si el legatario muere antes de aceptarlo y deja varios herederos, uno de éstos puede aceptar y otro repudiar su parte en el legado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1398. Esta indivisibilidad no existiera entre los legados entre sí, ni entre herencia y legado, pues el beneficiario puede aceptar o repudiar la herencia o el legado o viceversa como lo dispone el artículo 1400 del Código Civil, o aceptar un legado y repudiar otro, pero no podrá aceptar el gratuito y repudiar el oneroso de acuerdo al artículo 1399 del Código Civil.

C.- LA SUSTITUCION DE HEREDERO.

El término sustitución viene del latín: sub e institutio, que en su acepción corresponde a la institución que está por debajo de otra y subordinada a ella, está es de una persona o varias para que reciban la herencia o los legados a falta o después del primer llamado o instituido, señalando Antonio

(31) Arca y Cervantes, José. Ob. Cit. p. 92

de Ibarrola, que: "Se llama SUSTITUCION el nombramiento, por acto de última voluntad, de un heredero, en SUBROGACION del nombrado en primer lugar...Existe normalmente en el caso de SUSTITUCION, una pluralidad de instituciones, sucesivas y subsidiarias. Puede haber sustituciones hasta el infinito..." (32).

En el caso de la sustitución de heredero, solamente hereda uno de los dos, bien el instituido o bien el sustituto, pero no ambos. Se dice que hay varias liberalidades: una inmediata la del instituido y otras subordinadas la de los sustitutos, se distinguirán dos clases: La directa o subsidiaria cuando el sustituto recibe el beneficio por defecto del primer llamado o instituido que no quiere o no puede recibir la herencia. De las dos liberalidades sólo se ejecuta una: la adquisición por parte del instituido o del sustituto pero no de ambos como se señaló anteriormente; La indirecta o sucesiva también denominada oblicua o fideicomisaria, que operará cuando el sustituto recibe la herencia después del primer favorecido que la disfrutó cierto tiempo o que es interpósita persona. Aquí las dos liberalidades se ejecutan efectivamente, de modo sucesivo: heredan ambos; el sustituto entra después del instituido en primer lugar. Siendo está prohibida de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1473 del Código Civil.

Para Jorge Mario Magallon Ibarra, se dará apartir de que se pueden establecer en un testamento muchos grados de herederos,

(32) Ibarrola, Antonio de. Ob. Cit. p. 809

expresando: "...si aquél no fuese heredero, que lo sea éste; y así en otros casos, haciendo tantas instituciones cuantas quiera el testador." (33).

Han existido diversas clases de sustitución de heredero, estableciendolas a continuación:

1).- La Sustitución Pupilar o pupillaris, en la cual el padre de familia que había instituido como heredero a su hijo impúber podría temer que éste muriera antes de la pubertad, y por tanto sin haber podido testar, por lo que el patrimonio pasaba a los agnados o a la gens o sea a quienes el padre había querido excluir. Se partía de la idea de que los bienes del impúber se componían de los bienes recibidos de la sucesión del padre por lo que la sustitución pupilar se presentaba como una extensión del derecho que tenía el padre de disponer de su propio patrimonio. Ya que el padre, al mismo tiempo testaba por sí mismo y por su hijo. Toda vez que el heredero del hijo impúber era, en realidad, un heredero del padre, manteniéndose anteriormente como un efecto de la patria potestad prolongada de manera artificial después del deceso del padre.

2).- La Sustitución Cuasi Pupilar o Ejemplar, llamada así por analogía de la anterior, la cual permitía a todo ascendiente hacer testamento por su descendiente, aún púber, que fuera incapaz de testar, con determinadas limitaciones, existió en el Código Civil de 1884.

(33) Magallon Ibarra, Jorge Mario. Ob. Cit. p. 72

Es de conveniente señalar que las anteriores sustituciones no se refieren propiamente a sustitución de herederos sino de testadores, y que en nuestro Derecho no existen ya que el testamento es un acto personalísimo.

3).- La Sustitución Fideicomisaria, se daba por virtud de la institución de heredero con el encargo de conservar la herencia y entregarla a su muerte a otro heredero. El primer heredero denominado fiduciario era un verdadero heredero pero no podía disponer de la herencia sino que debía conservarla para que, a su muerte, pasara a otro denominado fideicomisario, era una liberalidad indirecta confiada al honor y a la buena fe del instituido. Este sistema se hacía extensivo a los descendientes del fideicomisario, o sea la obligación de conservar el patrimonio, hasta su muerte y de transmitirlo a los suyos en igual forma, de generación en generación, quedando los bienes vinculados a la perpetuidad de las familias, tal como ocurría con los Mayorazgos en los que el testador disponía se transmitiera al primogénito del mismo en forma indefinida, provocando un acaparamiento y concentración de la riqueza que se considera injusto y antisocial.

4).- La Sustitución Vulgar, denominada así por ser la mas usual, que operara apartir de la institución que se realice en segundo lugar o ulterior heredero para el caso de que el primeramente nombrado no pudiese o no quisiera recibir la

herencia. Es la única que permite nuestro Derecho, misma que se reglamenta de la siguiente forma:

A.- Por virtud de la libertad que tiene el testador para señalar herederos, puede sustituir una o más personas para el caso de que el heredero o herederos instituidos: mueran antes que él; de que no puedan aceptar la herencia; o no la quieran en términos del artículo 1472 del Código Civil, las cuales se reducen a no querer o no poder.

B.- Puede nombrarse un instituido y un sustituto; un instituido y varios sustitutos; varios instituidos y un sustituto y varios instituidos y varios sustitutos. Pudiendo también el testador que en caso de falta, renuncia o impedimento del instituido, en vez de herencia, los bienes se distribuyan en legados o se afecten en fideicomiso o cualquier otra figura.

C.- Se puede establecer una sustitución recíproca de conformidad con el artículo 1477 del Código Civil.

D.- Los sustitutos reciben la herencia en las mismas condiciones que debiera recibirla el heredero, salvo disposición contraria de acuerdo a lo establecido en el artículo 1476 del Código Civil.

La legislación prohíbe rigurosamente las sustituciones fideicomisarias y cualquier otra diversa a la vulgar, la cual se

establece en el artículo 1472 del Código Civil, quedando incluidas en la prohibición; las disposiciones que tengan prohibiciones de enajenar; las que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte de heredero, lo que se denomina: fideicomiso de residuo, y el encargo de prestar a más de una persona, sucesivamente una renta o pensión de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1482. Como efectos de los anterior señalaremos que la nulidad producida de la sustitución fideicomisaria no anula la institución de heredero, sino únicamente se tiene por no escrita la cláusula fideicomisaria de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1478. De igual forma señala el artículo 1479 que no se reputa fideicomisaria el dejar el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otra, a menos en que una u otra queden obligadas a transferir a su muerte, lo recibido a un tercero.

Establece Rafael de Pina, que: "Según el Código Civil, la obligación que se imponga al heredero de invertir ciertas cantidades en obras benéficas, como pensiones para estudiantes, para los pobres o para cualquier establecimiento benéfico, no está comprendida en la prohibición de las substitutiones fideicomisarias." (34).

(34) De Pina, Rafael. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, BIENES-SUCESIONES, México, Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, 1970, p. 305

D.- LA CADUCIDAD DEL TESTAMENTO.

Se establece que caduca un testamento cuando esté siendo perfectamente valido, perdiere su eficacia por causas o hechos ajenos a la voluntad expresa del testador. Término que deriva del latín cadicus que significa igual decrepito, anciano o percedero.

Caduca totalmente un testamento en los casos siguientes: Cuando el testamento privado, si el testador no fallece de la enfermedad o peligro en que se hallaba o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizo de acuerdo a lo señalado en el artículo 1571 del Código Civil; de igual forma el testamento Marítimo, si el testador no fallece en el mar o en el término de un mes de desembarque donde pudo ratificarlo u otorgar uno nuevo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1591 del Código Civil.

Todo ello se da en virtud de que dichas caducidades provendrán de actos que se daran en casos de urgencia, ya que la ley reduce las solemnidades protectoras de la voluntad a un mínimo de requisitos para favorecer la expresión de la voluntad testamentaria.

El Código Civil para el Distrito Federal, se refiere a que también caducan ciertas disposiciones testamentarias, como lo dispone el artículo 1497 cuando: I.- Si el heredero o legatario muere antes de que se cumpla la condición de que dependa la

herencia o el legado; II.- Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado; y III.- Si los mismos renuncian a su derecho, en tales casos si no existieren sustitutos nombrados, la herencia o el legado dejados a estas personas pasarán a los herederos legítimos o por intestado.

También caducan las disposiciones testamentarias si el testador fallece sin dejar un solo bien y el legado si la cosa que era materia del mismo, no se halla en el patrimonio del testador de conformidad con lo previsto en los artículos 1412 y 1413 del Código Civil.

Señala Rafael Rojina Villegas, que en la caducidad del legado y de la herencia es necesario no confundir las causas de caducidad de la herencia testamentaria que originan la apertura de la sucesión legítima, con las causas de caducidad del legado que no la motivan, manifestando: "...el legado es una deuda o carga de la masa hereditaria, si no se especifica un heredero determinado como deudor; puede ser una deuda especial y expresamente señalada a cargo de un heredero, o de otro legatario determinado. Por consiguiente, el legado es una deuda u obligación de dar, de hacer o de no hacer. Si caduca la deuda, quiere decir que si gravita sobre la masa hereditaria ya no habrá que distraer el legado. La caducidad del legado entonces beneficiará a todos los herederos porque el activo hereditario aumenta. Si el legado es a cargo de un heredero o de otro legatario determinado, la deuda especial que gravitaba sobre esas personas, también se extingue y la caducidad

del legado vendrá a beneficiar al heredero o legatario deudor. Por tanto en ningún caso se abrirá la sucesión legítima por la caducidad del legado..." (35).

E.- LA ACEPTACION DE LA HERENCIA.

Dentro de las disposiciones comunes a la sucesiones testada y legítima, se encuentra la aceptación por parte del heredero o legatario de los bienes o derechos transmitidos, de tal forma que dicha aceptación es considerada como aquella declaración unilateral de voluntad, de carácter irrevocable, por cuya virtud el llamado manifiesta su deseo de investirse de la indicada cualidad de heredero o legatario, dándose en términos de los siguientes supuestos: la muerte de la persona de cuya sucesión se trate de acuerdo al artículo 1665 del Código Civil, y la efectiva existencia de la delación a favor del sujeto que acepta de conformidad con el artículo 1666 del Código referido, y con las características siguientes:

A).- Es un acto jurídico, que requiere la libre disposición de bienes por parte del individuo adquirente, los menores e incapacitados deberán aceptarla por medio de sus tutores, pero debe entenderse que, si están sujetos a la patria

 (35) Rojas Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL II, BIENES; DERECHOS REALES Y SUCESIONES, México, Editorial Porrúa, S.A., Octava Edición, 1976, p. 417

potestad, los que la ejerzan deberán ser los que la acepten, la mujer casada no requiere de autorización alguna de su marido para aceptar, la herencia común será aceptada o repudiada por los dos cónyuges y, en caso de discrepancia, resolverá el juez. Las personas morales lo harán por conducto de sus representantes y los establecimientos públicos no pueden aceptar ni repudiar sin aprobación de la autoridad administrativa superior de quien dependan, situaciones que prevén los artículos 1653, 1654, 1655, y 1668 del Código Civil.

B).- Es unilateral, ya que no puede considerarse como que, por virtud de un llamado del testador que ofrece la herencia, la aceptación venga a ser aceptación de una póliza y se forme así un contrato.

C).- Debera de ser pura, simple y total, ya que no puede hacerse de modo parcial ni sujeta a término o a condición de conformidad al precepto 1657 del Código Civil, por diversas razones: I.- Porque se trata de asumir la calidad de heredero y está no puede ser parcial o sujeta a modalidades; II.- Porque no se puede admitir una discriminación de elementos del patrimonio que sean favorables y excluir otros, misma regla que se aplica a los legados: no se puede aceptar una parte del legado y repudiar a otra, pero sí pueden hacerlo los herederos del legatario que murió sin aceptar el legado. Tampoco puede el legatario que tiene a su favor dos legados aceptar uno que no sea oneroso y repudiar el que si lo es, pero si los dos son onerosos o gratuitos puede aceptar o

repudiar ambos. La regla de aceptación total de la herencia tiene en parte una excepción en la aceptación de herencia que hacen los acreedores del presunto heredero que repudia la herencia. Con relación a dicha regla de la unidad de la aceptación, se nos dirá que rige cuando se trata de una o más delaciones debidas a un mismo título, sin embargo esta no rige cuando se trata de títulos distintos; parece que, en caso de ser heredero por testamento y por intestado, se puede aceptar por título y repudiar por el otro, aunque el artículo 1663 del Código Civil, establece una presunción de que la repudiación por el primer título se entiende hecha por los dos. Lo que si es claro es que tratándose de herencia y legado se pueden aceptar o repudiar por separado el uno o el otro y por supuesto aceptar o repudiar ambos de acuerdo al artículo 1400 del Código en mención.

D).- Por su naturaleza es irrevocable, y como todo acto jurídico puede ser posible que sea impugnado en los casos de dolo o violencia, teniendo su excepción cuando por un testamento desconocido, se altera la calidad o la cantidad de la herencia, en cuyo caso se prevé que se deberá devolver lo que hubiere percibido por la herencia, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1671 y 1672 del Código Civil.

E).- Tiene carácter retroactivo, ya que sus efectos se producirán hacia atrás desde el momento de la muerte del autor de la sucesión, o sea que se le considera heredero desde la fecha de ese fallecimiento. Con ello se cubre todo el vacío que existía

entre el momento de la muerte del autor y el de la aceptación. Como consecuencia: No importa el tiempo que haya tardado el heredero en aceptar; al heredero aceptante le aprovechan todos los beneficios, frutos, rentas, prescripciones, posesión, acciones reales y personales que se deriven de la sucesión y soporta todos los gastos y pérdidas sucedidos desde el fallecimiento del de cuius, así como los riesgos; y las renunciaciones de otros coherederos que hubieren sido llamados en un lugar anterior al aceptante, le aprovecharan a éste porque el que renuncia al carácter de heredero se reputa como nunca llamado.

Con relación a que la Ley imponga un término dentro del cual el designado debe aceptar o repudiar la herencia, pero si alguno tuviere interés en esta decisión debiendo ser interés jurídico, pasados nueve días de la apertura de la sucesión, puede pedir al juez que fije al heredero un plazo que no exceda de un mes para que decida. Si no lo hace se entenderá aceptada de conformidad con el artículo 1669 de Código Civil, dicha aceptación puede ser expresa si se hace con palabras terminantes, o tácita si el heredero ejecuta algunos hechos de los que se deduzca la intención de aceptar o aquellos que no podrían ejecutar sino con su calidad de heredero, como lo sería enajenar su derecho hereditario, ejercer la acción de petición de herencia, solicitar nombramiento de albacea, pagar deudas del autor con dinero de la herencia.

José Arce y Cervantes, señala que la aceptación tendrá como efectos: "... I. Hace desaparecer la situación de herencia yacente puesto que ya hay quien asuma la continuidad hereditaria; II. Impide el repudio de la herencia por parte de quien la ha aceptado; III. Convierte al aceptante en heredero (o coheredero) y en titular (o cotitular) de la masa hereditaria con todos sus derechos anexos y la posesión..." (36).

Es de señalar que en tanto el de cujus, vive responde de sus obligaciones con los bienes de su patrimonio, a su fallecimiento el patrimonio deberá seguir respondiendo de esas deudas siendo en nuestra legislación que estará el heredero obligado a responder hasta el monto donde alcance la cuantía de los bienes de la herencia, tal como lo dispone el artículo 1678 del Código Civil, al señalar que la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese. Como consecuencia inmediata de este beneficio, se estableciera: que se excluye al heredero de la responsabilidad personal del pago de las deudas del difunto; que el pasivo o las deudas del difunto, las cargas por él impuestas, los gastos de tramitación sucesoria, son a cargo exclusivo del patrimonio hereditario; los acreedores del de cujus tienen derecho exclusivamente sobre la masa hereditaria; el heredero conserva, contra la masa de la herencia, todos los derechos que tenía contra el de cujus; y a su vez, la sucesión conserva los que tenía su

(36) Arce y Cervantes, José. Ob. Cit. p. 187

autor contra el que ahora es heredero; y los patrimonios de ambos no se confunden, ya que el de la herencia se administrara por separado hasta que termine su liquidación, además los bienes que responden de las deudas del difunto, en caso de sucesión testamentaria, son primeramente los que forman el patrimonio hereditario y solamente que éstos no alcanzaren responderán los bienes dejados en legados, porque los legatarios responden de tales deudas sólo subsidiariamente de acuerdo a los artículos 1284 y 1285 del Código Civil.

F.- LA REPUDIACION DE LA HERENCIA.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1653 del Código Civil para el Distrito Federal, el que haya sido designado heredero o legatario, es libre para aceptar o no la herencia o el legado, siendo en este segundo caso lo que conocemos como repudio, en tanto tal persona tenga la libre disposición de sus bienes, José Arce y Cervantes, al citar a Federico Puig Peña, manifiesta: "...define la renuncia como: aquella manifestación de voluntad hecha por la persona a quien ha sido deferida una herencia por cuya virtud la misma manifiesta su decisión de no asumir la cualidad de heredero...Es una respuesta negativa a la oferta en que consiste la delación...La decisión de no querer asumir la cualidad de heredero...supone que la misma es un acto de naturaleza negativa sin otro alcance compensatorio o de proyección a terceras personas...tiene que ser...pura o abdicativa, no mezclándose el que repudia en la suerte que, en adelante, deba

correr la porción renunciada" (37). De la anterior cita encontraremos elementos que caracterizan al acto, encontrando que la repudiación se rige casi por las mismas reglas de la aceptación, con excepción de que debe de ser en forma expresa y solemne, ya que el artículo 1661 del Código en cuestión, señala que se hara por escrito ante el juez, o por medio de instrumento público otorgado ante notario, cuando el heredero no se encuentre en el lugar del juicio, siendo también posible que se repudie a la herencia cuando es tramitada la sucesión testamentaria ante Notario Público. El que repudia se le reputa como que nunca ha sido heredero, pero si no estaba nombrado heredero ejecutor dígase albacea general o especial, la renuncia no le priva del derecho de reclamar los legados que se le hubiere dejado de acuerdo a lo establecido en el artículo 1662 del Código Civil.

Teniendo presente que la repudiación es simplemente la renuncia a ser heredero, lo que implica no haber sido reputado heredero y por tanto, esta vacancia sea llenada, no por el que determine el renunciante, ya que este no tiene ningún derecho sobre la herencia, sino por persona a quien corresponda según la ley o el testamento. Determinandose que la denominada renuncia traslativa por la cual se dice: que se renuncia a favor de:..., no es mas que una cesión o venta de derechos hereditarios, toda vez que se entiende que en su momento fue aceptada la herencia o el legado, pero es voluntad del heredero trasmitir dichos derechos en

(37) Arce y Cervantes, José. Ob. Cit. p. 190

favor de otro u otros, teniendo en consideración lo que establece el artículo 1292 del Código Civil, toda vez que en el mismo se señala que el heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario deberá notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquellos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto: si los herederos hacen uso de este derecho, el vendedor esta obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el solo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, sera nula. Disponiendo el artículo 1293 que en caso de que dos o mas coherederos quisieren hacer uso del derecho del tanto, se preferirá al que represente mayor proporción en la herencia, y si las porciones son iguales, la suerte decidirá quien hace uso del derecho.

La Ley contempla una situación especial para los casos de renuncia, puesto que es justo el proteger la libertad del heredero para aceptar o repudiar, pero lo es también amparar el derecho de sus acreedores cuando por la renuncia, se ven perjudicados en sus intereses, ya que la renuncia impide un acrecentamiento del patrimonio que a ellos sirve de garantía, razón por la cual el Código Civil concede a los acreedores el derecho de pedir al Juez la autorización para aceptar la herencia repudiada en su perjuicio de acuerdo al artículo 1673 del referido

ordenamiento, siendo importante resaltar que el artículo 29, en su último párrafo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en Vigor, dará la acción a los acreedores, en los términos que dispone el Código Civil.

Sera la acción Pauliana la que concedera a los acreedores la posibilidad de revocar el repudio del heredero que ha actuado en su perjuicio, señalando Ernesto Gutiérrez y Gonzalez, que: "...Los acreedores se enteran de la repudiación, y pueden pedir al juez, los autorice a aceptar la herencia en nombre de..., para que con los bienes que de ahí resulten, se les haga pago. El juez anula la repudiación, y a los acreedores se les cubre el importe de sus créditos, con los bienes de la herencia." (38).

Como se expreso anteriormente en este caso, la aceptación de la herencia sólo aprovechará a los acreedores hasta el monto de sus créditos y el exceso, pertenece a quien llame la Ley y en ningún caso al que hizo la denuncia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1674 del Código Civil, señalando el 1676 que en caso de que la persona que por la renuncia del heredero inicial hubiere de entrar en la herencia podrá impedir que la acepten los acreedores del heredero inicial, si paga a éstos los créditos que tenían contra aquel, supuesto por el cual se

(38) Gutiérrez y Gonzalez, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Puebla, Editorial Cajiga S.A., Sexta Edición, 1986, p. 579

actualiza una subrogación por parte del que paga, contra el repudiante en los derechos que tenían sus acreedores de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2058 del Código Civil.

También la aceptación parcial por parte de los acreedores es una excepción a la disposición que prohíbe que la herencia se acepte sólo en parte, misma que se contiene en el artículo 1657 del Código Civil.

CAPITULO TERCERO
LA NO REGULACION DEL DERECHO DE ACRECER
EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A.- PROPUESTA DE REGULACION.

De conformidad con lo establecido en los capítulos anteriores, es conveniente señalar que la figura del Derecho de Acrecer, debe de estar regulada en forma adecuada en el Código Civil para el Distrito Federal que actualmente nos rige y que no únicamente se haga referencia de la misma en dos artículos del referido Código, sino que la Ley explique que se entiende como tal, teniendo presente cuando opera y sus características propias.

De tal forma que se den las bases de su presencia en la legislación, para que se convierta en una figura de uso constante en la redacción de los testamentos que se otorguen, que aunque en la práctica ya lo es, se de expresamente regulada y tutelada por la Ley, ya que tiene finalidades muy particulares que tendrán su efecto principal en materia de sucesiones.

Manifestando que su finalidad principal es la de que en las sucesiones mortis causa cuando existan dos o mas coherederos o colegatarios, ya sea por falta, impedimento o renuncia de cualquiera de ellos, la parte de la herencia o del legado que ha de corresponder a el, pasará a acrecentar a la de los otros por partes iguales, es decir tendrá la finalidad de que los

coherederos instituidos puedan agregar a su porción, la del que no pudo o no quiso adquirir.

Teniendo presente los antecedentes de la figura y que cumple con finalidades de hacer que quede la herencia o el legado en la persona del o de los herederos instituidos en primer lugar y no dar entrada a otras personas extrañas que no fueron llamadas por el autor de la sucesión, el cual da lugar a la trasmisión hereditaria de su patrimonio, sosteniendo lo que señala Antonio Hernández Gil, al manifestar que la institución tienen una bondad intrínseca ya que cumple con la finalidad práctica y económica de no fraccionar excesivamente el derecho real de propiedad y como se estableció dar cabida a personas o causahabientes no designados por el causante, sin menoscabar la posibilidad que tiene el testador de poder establecer en su testamento la sustitución de heredero que contempla nuestra legislación.

También es conveniente advertir que dentro de las Legislaciones de la gran mayoría de los países que mantienen un sistema legal proveniente del Derecho Romano como el nuestro e inclusive en la legislación civil de algunos estados de la República, en materia de Sucesiones mantienen viva la figura jurídica del Derecho de Acrecer, corroborando con ello su funcionalidad dentro del Derecho Civil y en especial en materia de Sucesiones.

Para Jorge Antonio Sánchez Cordero Davila, dentro del comentario que realiza en el Diccionario Jurídico Mexicano, el

derecho de acrecer sera una figura relativa a la sucesión testamentaria y cuestiona que en nuestro derecho exista tal institución, ya que éste parte de la voluntad del testador, refiriéndose al artículo 1614 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala: "Si el intestado no fue absoluto, se deducirá del total de la herencia la parte de que legalmente se haya dispuesto el testador y el resto se dividirá de la manera que disponen los artículos que preceden", indicando que en la práctica se encuentran algunas disposiciones expresas de testadores respecto del derecho de acrecer, interpretando que: "El fundamento del acrecimiento se encuentra en la voluntad del testador de llamar a todos los herederos al todo; en consecuencia si alguno de los llamados no sucede, se presume que el testador quiso beneficiar a los demás." (39). Indicando que la solución sobre la discusión de que si es acrecimiento o derecho de acrecer, dependerá de lo que se presente, o de la alternativa de que si el llamado a la herencia o al legado no acepta o no puede aceptar, los otros coherederos vean aumentados automáticamente su participación, hayan o no aceptado, o bien de que sea necesario para que se de el efecto del derecho de acrecer y se produzca, que previamente acepten la participación o cuota que hubiere correspondido al primero.

Como quedó establecido anteriormente la fuente de la sucesión es la voluntad expresa o la ausencia de ésta por parte

(39) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM Editorial Porrúa, S.A., 1993, p. 53

del causante, de tal forma que proponemos que el derecho de acrecer, exista regulado en el marco de nuestra Legislación actual en los siguientes términos:

1.- EN LA SUCESION TESTAMENTARIA.-

Es necesario se inserte dentro del Título Segundo denominado: De la sucesión por testamento, del libro tercero, un Capítulo X, que se refiera al Derecho de Acrecer en la forma siguiente:

"CAPITULO X.- DEL DERECHO DE ACRECER

ART. 1498 A.- Derecho de acrecer es aquel por el cual el testador concede a un coheredero o a un colegatario por disposición expresa en su testamento la posibilidad de agregar a su porción hereditaria la que debía corresponder a otro coheredero o colegatario.

ART. 1498 B.- Para que haya lugar al derecho de acrecer, se requiere:

I.- Que dos o más personas sean instituidos coherederos de una misma herencia o colegatarios de un mismo legado o en una parte alícuota de éstos, sin especial designación de partes;

II.- Que uno o varios de los instituidos fallezcan antes que el testador, renuncien la herencia, sea vuelvan incapaces de recibirla o no cumplan con la condición impuesta por el testador.

ART. 1498 C.- No se entenderá que están designadas las partes, sino cuando el testador haya mandado expresamente que se dividan o las haya designado con señales físicas; sin embargo la frase por mitad o por partes iguales, u otras que aunque designan parte alícuota, y no fijan ésta numéricamente, o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer, de igual forma operará el derecho de acrecer cuando el testador lo invoque en forma nominal o textual en su testamento.

ART. 1498 D.- Si la falta del coheredero acaece después de haber aceptado la herencia, no hay lugar al derecho de acrecer, y su parte se trasmite a sus herederos.

ART. 1498 E.- Los herederos a quienes acrece la parte no adquirida, suceden en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibir la herencia.

ART. 1498 F.- Los herederos solo pueden repudiar la porción que acrece a la suya, renunciando la herencia.

ART. 1498 G.- Cuando se establezca el derecho de acrecer entre los llamados conjuntamente a un usufructo, la porción del

que falte pasará al propietario, salvo disposición expresa del testador en otro sentido.

ART. 1498 H.- El testador puede prohibir o modificar como quiera el derecho de acrecer."

De acuerdo a lo anteriormente establecido, será por voluntad expresa del testador o causante cuando opere el Derecho de Acrecer dentro de la Sucesión Testamentaria, en tanto con relación a la Sucesión Intestamentaria o Legítima, establezco el siguiente criterio:

2.- EN LA SUCESION LEGITIMA.

Dentro de esta clase de Sucesión el Derecho de Acrecer, se encuentra vinculado con el principio que establece que: Los parientes mas cercanos o próximos excluyen a los más lejanos o remotos, el cual se encuentra plasmado en la redacción del artículo 1604 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que si dentro de las reglas de preferencia que se establecen para la Sucesión Legítima se presentan los llamados por disposición de Ley en primer lugar y existiendo diversas personas en un mismo grado, puede darse la posibilidad de que alguno de ellos pueda repudiar, fallecer antes que el causante o volverse incapaz de heredar, y dar lugar a que la parte que le correspondería a este heredero pase a acrecentar la de los demas.

Es conveniente indicar que las reglas bajo las cuales operó el Derecho de Acrecer dentro de la Sucesión Legítima, en los Códigos Civiles anteriores al actual, que son los de 1870 y 1884, éstos permitían de acuerdo a la redacción de los mismos y a las reglas en que operaba la sucesión, la concurrencia de tal derecho de acrecer con la misma, mas sin embargo, en los términos en que se encuentra establecida nuestra legislación vigente, con la existencia del artículo antes invocado, nos dará lugar a que exista una cohesión entre los herederos legítimos por virtud del lugar que ocupan en la sucesión y de su concurrencia.

Es por el referido principio y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, que se estableciera quienes podran tener derecho a heredar al de cujus en la sucesión legítima, dándose un orden de preferencia entre los sucesores, de acuerdo a su concurrencia y existencia, ya que no se permitirá que puedan heredar o adquirir los que no tienen un derecho preferente, sino solamente los llamados en primer lugar por disposición de la ley, presentandose que al existir la exclusión de alguno o algunos de ellos por haberse vuelto incapaces o repudio expreso, existira tácitamente un acrecimiento con respecto a los demás, los cuales sí estan en capacidad de adquirir y lo desean, toda vez no están en algún supuesto que los excluya.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el Derecho Romano, existió la sucesión del patrimonio de una persona, la cual era considerada como herencia y estaba constituida por la trasmisión de un conjunto de Derechos con todos los bienes que lo componen, es decir se daba con carácter universal.

SEGUNDA.- Dentro del aspecto sucesorio del mismo Derecho Romano, opero el derecho de acrecer, encontrándolo su fundamento en el principio que expresaba: "nadie puede morir en parte testado y en parte intestado", ya que existía la incompatibilidad si se presentaban ambas sucesiones, haciendo quedar la herencia o legado entre los llamados en primer lugar.

TERCERA.- En la sucesión testamentaria se daba el derecho de acrecer por voluntad expresa del testador y tanto en está, como en la legítima, era consistente en el aumento de la parte que habría de corresponder a uno o mas coherederos o colegatarios que concurrían a una sucesión, existiendo un presupuesto de haber dos o mas herederos o colegatarios del autor de la sucesión, al concurrir a sucederle y en razón de que alguno de ellos no pudiera, no quisiera adquirir o falleciera antes que el causante, la parte que a esté correspondía pasaba a los que si querían o no tenían impedimento para adquirir.

CUARTA.- Además de operar el derecho de acrecer tanto en la Sucesión Testamentaria como en la Sucesión Intestamentaria o Legítima, se aplicaba inclusive a los legados traslativos de propiedad, siendo que en estos se extendía tal derecho a la totalidad de ellos, de acuerdo al tipo de legado y en general existía apartir de la solidaridad en el llamamiento a la sucesión, desde el momento en que se realizaba la institución.

QUINTA.- Con relación a la situación que acontecía en nuestro país antes de la existencia del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, se dió expresamente regulada la figura del derecho de acrecer en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, la cual nos fue transmitida del Derecho Español, con las características y condiciones bajo las cuales operaba, siendo que en nuestro actual código únicamente se hace referencia de tal derecho en dos artículos, considerando necesario se legisle para que exista debidamente regulado en la ley.

SEXTA.- La sucesión es la sustitución en la titularidad de los derechos y relaciones que admiten un cambio de sujeto e identidad en una relación de derecho, existiendo la sucesión mortis causa o por causa de muerte y la inter vivos, la primera se dará por virtud del fallecimiento o extinción de una persona cuyo patrimonio no se extingue o acaba por el hecho de su muerte; en tanto la segunda, será la trasmisión de un bien, de un derecho o de una obligación, es decir de una relación de derecho en vida de su titular.

SEPTIMA.- El cambio en la titularidad del patrimonio de una persona, se dará a partir de la designación que haga de sus sucesores por su propia y deliberada voluntad, en caso de la ausencia de ésta, se estará a lo dispuesto por la ley, abriéndose en cualquier caso la sucesión testamentaria, intestamentaria o legítima por virtud de la cual concurrirán los sucesores del de cujus, a recoger la totalidad o parte de la herencia.

OCTAVA.- Cuando el autor de la sucesión otorga su voluntad lo hará a través del testamento, el cual sera la fuente u origen de la transmisión a favor de sus sucesores y sera el acto personalísimo, libre, revocable y autónomo por virtud del cual una persona capaz dispone de su patrimonio, el cual no se extingue por el hecho de su muerte.

NOVENA.- En el testamento el testador puede disponer a título universal, es decir de la totalidad de su patrimonio o a título particular, estableciendo legados, que son disposiciones realizadas con respecto de un bien o cosa determinada a favor de uno o algunos sucesores en particular, los cuales serán denominados legatarios.

DECIMA.- La facultad o capacidad para disponer por acto de última voluntad, se definirá como testamentificación activa, en tanto la facultad o capacidad para adquirir o recibir a título de herencia o legado es la testamentificación pasiva; existiendo incapacidades relativas y restricciones con relación al individuo

que otorge testamento en el primer caso, en tanto de la primera mas que hablar de incapacidades, se señalara que determinadas personas no podrán ser herederos de ciertas personas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1313 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal.

DECIMA PRIMERA.- La sustitución de heredero o legatario es la designación que realiza el testador de la persona que concurrirá a adquirir a falta de la persona del heredero o legatario designado en primer lugar o del ulterior nombrado, disponiendo nuestra legislación que únicamente admitira la denominada sustitución vulgar.

DECIMA SEGUNDA.- La sustitución vulgar se presentará a partir de la libertad que tiene el testador al manifestar su voluntad de que para que en caso de que alguno o algunos de sus herederos o legatarios se vean incapacitados, repudien o fallezcan antes que él, se designara a otra persona que si este en posibilidad de recibir la transmisión, disponiendo el artículo 1477 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal, que podrá establecerse una sustitución reciproca entre herederos instituidos, lo cual puede ser confundido con el derecho de acrecer, pero en realidad son dos situaciones distintas ya que ambas tienen características diferentes, toda vez que en la sustitución reciproca los sucesores concurren a adquirir la parte del que se volvió incapaz o no quiso heredar, en tanto en el derecho de acrecer desde su designación e institución los

sucesores tienen por dicho nombramiento vocación a la totalidad de la herencia o del legado en caso de que alguno se vuelva incapaz o no desee adquirir.

DECIMA TERCERA.- Se presentará la caducidad de las disposiciones testamentarias cuando el heredero o legatario muera antes que el testador, presentándose el fenómeno de la premortencia, o cuando no se cumpla con la condición impuesta por el testador, igualmente cuando se vuelva incapaz de heredar o recibir el legado, o manifieste de forma expresa su voluntad en el sentido de repudiar o renunciar a su derecho, produciéndose como efecto de todo ello que se proceda a abrir la sucesión legítima o intestamentaria.

DECIMA CUARTA.- Con relación a la aceptación de la herencia o del legado, es necesario que el sucesor manifieste su voluntad en el sentido de querer admitir la transmisión a su favor, siendo un acto para el cual se requiere que el aceptante tenga la libre disposición de sus bienes, dándose con carácter unilateral, debiendo ser pura, simple, total e irrevocable, produciendo inclusive efectos retroactivos a la fecha del fallecimiento del autor de la sucesión, teniendo presente además que tal adquisición se dará a beneficio de inventario, es decir el adquirente responderá con el activo de la sucesión por el pasivo de la misma, hasta el monto donde alcance, no confundiendo su patrimonio con el de la sucesión, hasta en tanto se realice el inventario y avalúo y se proceda a la partición y adjudicación.

DECIMA QUINTA.- En el caso de la repudiación de la herencia o del legado, está debiera de ser manifestada de forma expresa por el presunto sucesor quien exteriorizara su voluntad en el sentido de renunciar y no querer aceptar la trasmisión a su favor, teniendo sus acreedores acción para que en caso de que la renuncia o repudio se haya efectuado en su perjuicio, puedan aceptarla por él.

DECIMA SEXTA.- El derecho de acrecer vendrá a cumplir con una finalidad práctica y económica en el sentido de no fraccionar excesivamente el derecho real de propiedad al distribuir la herencia en un número ilimitado de sucesores, algunos de ellos inclusive no designados por el autor de la sucesión.

DECIMA SEPTIMA.- En consideración de todo lo anteriormente expresado es necesario exita debidamente regulada en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, la figura jurídica del derecho de acrecer, considerando conveniente que al ser integrada al Código, de lugar a un capítulo especial dentro del título segundo, del libro tercero, referente a la sucesión por testamento, toda vez que el derecho de acrecer se presentara por voluntad expresa del testador, proponiendo se de lugar al mismo en los siguientes términos:

"CAPITULO X.- DEL DERECHO DE ACRECER

ART. 1498 A.- Derecho de acrecer es aquel por el cual el testador concede a un coheredero o a un colegatario por disposición expresa en su testamento la posibilidad de agregar a su porción hereditaria la que debía corresponder a otro coheredero o colegatario.

ART. 1498 B.- Para que haya lugar al derecho de acrecer, se requiere:

I.- Que dos o más personas sean instituidos coherederos de una misma herencia o colegatarios de un mismo legado o en una parte alicuota de éstos, sin especial designación de partes;

II.- Que uno o varios de los instituidos fallezcan antes que el testador, renuncien la herencia, sea vuelvan incapaces de recibirla o no cumplan con la condición impuesta por el testador.

ART. 1498 C.- No se entenderá que están designadas las partes, sino cuando el testador haya mandado expresamente que se dividan o las haya designado con señales físicas; sin embargo la frase por mitad o por partes iguales, u otras que aunque designan parte alicuota, y no fijan ésta numéricamente, o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer, de igual forma operara el derecho de acrecer cuando el testador lo invoque en forma nominal o textual en su testamento.

ART. 1498 D.- Si la falta del coheredero acaece después de haber aceptado la herencia, no hay lugar al derecho de acrecer, y su parte se trasmite a sus herederos.

ART. 1498 E.- Los herederos a quienes acrece la parte no adquirida, suceden en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibir la herencia.

ART. 1498 F.- Los herederos solo pueden repudiar la porción que acrece a la suya, renunciando la herencia.

ART. 1498 G.- Cuando se establezca el derecho de acrecer entre los llamados conjuntamente a un usufructo, la porción del que falte pasará al propietario, salvo disposición expresa del testador en otro sentido.

ART. 1498 H.- El testador puede prohibir o modificar como quiera el derecho de acrecer."

DECIMA OCTAVA.- Dentro de la sucesión legítima o intestamentaria, el derecho de acrecer se encuentra vinculado con el principio establecido en el artículo 1604 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, el cual dispone: "que los parientes mas cercanos excluyen a los mas lejanos", de tal forma que en el supuesto de que existiera la concurrencia en una sucesión de causahabientes en un mismo grado, siendo éstos llamados por disposición de la ley, en el caso de que alguno de

ellos, repudiare o se volviera incapaz de heredar, su parte dará lugar a un aumento a la de los demás que si desean y están en aptitud de adquirir, presentandose así tácitamente un acrecimiento de su parte hacia los demas, por la exclusión del que no quiso o se volvió incapaz de heredar, por virtud de lo cual únicamente heredaran los que no se encuentran en algun supuesto que no les permitiera adquirir.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Arce y Cervantes, José. **DE LAS SUCESIONES.** México, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición. 1992.
- 2.- Baqueiro Rojas, Edgard y otra. **DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES.** México, Editorial Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1990.
- 3.- Branca, Giuseppe. **INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO.** México, Editorial Porrúa, S.A., Sexta Edición, 1978.
- 4.- Cicu, Antonio. **EL TESTAMENTO.** Madrid, España, Revista de Derecho Privado, 1959.
- 5.- De Pina, Rafael. **ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, BIENES-SUCESIONES.** México, Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, 1970.
- 6.- Galindo Garfias, Ignacio. **DERECHO CIVIL.** México, Editorial Porrúa, S.A., Undécima Edición, 1991.
- 7.- González, María del Refugio. **EL DERECHO CIVIL EN MEXICO 1821-1871.** México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.

- 8.- Gutiérrez y González, Ernesto. **DERECHO DE LAS OBLIGACIONES**. Puebla, México, Editorial Cajiga, S.A., Sexta Edición, 1986.
- 9.- Gutiérrez y González, Ernesto. **DERECHO SUCESORIO, INTERVIVOS Y MORTIS CAUSA**. México, Editorial Porrúa, S.A., 1995.
- 10.- Hoffmann Elizalde, Roberto. **ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA POSICION JURIDICA DEL MENOR EN EL DERECHO SUCESORIO**. México, UNAM Coordinación de Humanidades, 1992.
- 11.- Hernández Gil, Antonio. **OBRAS COMPLETAS, DERECHOS REALES, DERECHO DE LAS SUCESIONES. TOMO IV**. Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, 1989.
- 12.- Ibarrola, Antonio de. **COSAS Y SUCESIONES**. México, Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición, 1991.
- 13.- Magallon Ibarra, Jorge Mario. **INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, TOMO V, DERECHO SUCESORIO**. México, Editorial Porrúa, S.A., 1990.
- 14.- Mendieta y Núñez, Lucio. **EL DERECHO PRECOLONIAL**. México, Editorial Porrúa, S.A., Sexta Edición, 1992.
- 15.- Petit, Eugene. **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**. México, Editorial Epoca, S.A., 1977.

16.- Ponssa de la Vega De Miguens, Nina. **EL DERECHO DE LAS SUCESIONES EN ROMA.** Buenos Aires, Argentina. Lerner Editores Asociados, 1981.

17.- Rojina Villegas, Rafael. **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL II, BIENES, DERECHOS REALES y SUCESIONES.** México, Editorial Porrúa, S.A., Octava Edición, 1976.

18.- Vallet de Goytisolo, Juan B. **ESTUDIOS DE DERECHO SUCESORIO, VOLUMEN I.** Madrid, España, Editorial Montecorvo, S.A., 1980.

LEGISLACION CONSULTADA.

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. México, Mc Graw-Hill, Serie Jurídica, Tercera Edición, 1995.
- 2.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. México, Editorial Porrúa, S.A., Sexagésima Tercera Edición, 1994.
- 3.- LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Correlacionada por el Mtro. Víctor Rafael Aguilar Molina, 1994.
- 4.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Editorial Porrúa, S.A., Cuadragésima Séptima Edición, 1990.
- 5.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Editorial Andrade, S.A., 1992.
- 6.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1884. México, Edición Herrero Hermanos Sucesores, Cuarta Edición, 1908.
- 7.- LEY DE ASOCIACIONES RELIGIOSAS Y CULTO PUBLICO. México, Editorial Sista, S.A. de C.V., 1996.

8.- CODIGO CIVIL ESPAÑOL. Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S.A., Segunda Edición Anotada, 1989.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS.

1.- Caballenas, Guillermo. **DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. TOMO I A-B.** Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, S.R.L., Decimo Quinta Edición, 1981.

2.- **ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.** Tomo VII, DERE-DERE, Buenos Aires, Argentina. Editorial Biográfica Argentina, S.R.L., 1964.

3.- Fundación Tomas Moro. **DICCIONARIO JURIDICO.** Madrid, España, Editorial Espasa Calpe. 1992.

4.- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. **DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.** México, Editorial Porrúa, S.A., 1993.