

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO.

"ANALISIS CRITICO DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A
VIVIANA DEL MORAL MUNGUA

DIRECTOR DE TESIS:

MEXICO, D.F.

1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

272792



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.

INDICE.

Pág.

Introducción 9

Capítulo Primero.- Antecedentes Históricos:

I.- Derecho Romano

II.- Derecho Español

III.- Derecho Indiano

Capítulo Segundo.- Generalidades del derecho de Sucesión y del Testamento:

I.-Generalidades sobre el derecho de sucesión y del derecho hereditario

I.1.- Derecho de Sucesión

1.- Definición de sucesión

2.-Elementos de la sucesión

3.- Especies de sucesión

4.-División de la sucesión

I.2.- Derecho Hereditario

1.- Definición de Derecho Hereditario

2.- Constitución del Derecho Hereditario

3.- Sucesión Testamentaria y Legítima

4.- Separación del Patrimonio y Beneficio de Inventario

5.- Adjudicación de la propiedad de los bienes hereditarios

I.3.- Derecho Hereditario como consecuencia de la Teoría del Patrimonio

II.- Sucesión Voluntaria

II.1.- Definición de Testamento

II.2.- Características de los testamentos

II.3.- Forma de los testamentos

1.- Testamentos Ordinarios

a).- Testamento Público Abierto

b).- Testamento Público Cerrado

c).- Testamento Ológrafo

d).- Testamento Público Simplificado

2.- Testamento Especiales

a).- Testamento Privado

b).- Testamento Militar

c).- Testamento Marítimo

d).- Testamento hecho en país extranjero

II.4.- Capacidad para hacer testamento

II.5.- Capacidad para heredar

1.- Incapacidad por falta de personalidad

2.- Incapacidad por presunción de influjo contrario a la libertad del testador

3.- Incapacidad por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento

4.- Incapacidad por falta de reciprocidad internacional

- 5.- Incapacidad por utilidad pública
- 6.- Incapacidad sobrevenida
- 7.- Incapacidad por causa de delito
- 8.- Rehabilitación del indigno
- 9.- Momento en que debe juzgarse la capacidad del heredero
- 10.- Efectos de las incapacidades e indignidades

Capítulo Tercero.- Heredero, Legatario y Albacea.

I.- Institución hereditaria

I.1.- Concepto, naturaleza y características de la institución de heredero y su distinción con el legatario

I.2.- Modalidades de las disposiciones testamentarias

I.3.-Sustituciones

I.4.- Derecho de acrecer .

II.- Análisis del legado

II.1.- Institución de legatario

II.2.-Transmisión de propiedad

II.3.- Modalidad de los legados .

II.4.- Nulidad y caducidad de los legados .

II.5.- Prelación de los legados

II.6.- Formas de los legados

II.7.- Pago de deudas y legados

II.8.- Legados constitutivos de derechos reales y personales

II.9.- Extinción de los legados

III.- Albacea

- III.1.- Concepto y naturaleza del albacea
- III.2.- Características
- III.3.- Clases de albacea
- III.4.- Derechos y obligaciones del albacea
- III.5.- Duración del cargo de albacea
- III.6.- Interventor

Capítulo Cuarto.- Procedimiento Sucesorio .

I.- Juicio Sucesorio

I.1.- Tramitación ante el juez. Vía Judicial

- 1.- Primera Sección "De Sucesión"
- 2.- Segunda Sección "De Inventario y Avalúo de los Bienes"
- 3.- Tercera Sección "De Administración"
- 4.- Cuarta Sección "De Partición"

1.2.- Tramitación ante Notario. Vía Extrajudicial

Capítulo Quinto.- Testamento Público Simplificado.

I.- Texto de la Reforma, Concepto, y Requisitos.

I.1.- Texto de la Reforma.

1.2.- Concepto y Requisitos del Testamento Público

II.- Régimen de excepción.

III.- Unidad de la Herencia.

IV.- Inseguridad Jurídica para los acreedores de la Herencia.

V.- Pluralidad de Adquirentes, Testamentos Mancomunados.

VI.- Formalidades.

VII.- Representante Especial.

VIII.- El legatario en el Testamento Público Simplificado. Y
Ausencia del nombramiento de Albacea.

IX.- Tramitación Simplificada.

INTRODUCCION.

El Testamento Público Simplificado es reflejo de una necesidad social, el Derecho debe reglamentar la realidad social y tratar de solucionar los problemas que en esta se presentan.

La irregularidad que en materia inmobiliaria se viene dando en el Distrito Federal, y en especial en materia de vivienda, originada entre otras cosas por el fallecimiento intestado de las personas y de sus herederos, el retardo y lentitud de los juicios sucesorios, y el costo elevado de los trámites e impuestos, ha traído como consecuencia el estancamiento tanto de los bienes de la herencia como de la libre circulación de la riqueza. Por lo que se buscó una vía para solucionarlo, una figura jurídica por virtud de la cual los propietarios de los inmuebles destinados a la vivienda tuvieran un medio rápido, eficaz y seguro para que a la muerte de ellos se transmitiera el inmueble y que el procedimiento sucesorio para la titulación del mismo fuera también ágil.

Para tratar de solucionar todos estos problemas se creó por medio del Decreto que reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, basado en la iniciativa de ley que fue presentada el 16 de noviembre de 1993, en la

Secretaría de la Cámara del Congreso de la Unión, un nuevo tipo de testamento el "TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO".

Con este testamento se trató de dar solución a los problemas antes mencionados, pero ¿realmente se soluciona la irregularidad en materia inmobiliaria?, ¿soluciona el problema de lentitud en los juicios sucesorios en este caso?, ¿cumple el objetivo de que no se estanquen los bienes de la herencia?, ¿se aplican los principios, generalidades y características de las sucesiones y los testamentos?, ¿rompe y se separa de la teoría general de las sucesiones?

Para dar respuesta a estas y otras preguntas, en los capítulos siguientes se analizará detalladamente este nuevo testamento y se determinará si realmente la creación de esta figura jurídica cumple con el fin para el cual fue hecho, si soluciona el problema que en materia inmobiliaria se viene dando en el Distrito Federal, o es menester replantear la reforma.

CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES HISTORICOS:

El Testamento Público Simplificado como tal, no tiene un antecedente ni directo ni remoto, dado que es una figura jurídica nueva, pero debido a que la persona que adquiere mediante un testamento público simplificado es un legatario, los antecedentes que a continuación se mencionarán son de dicha institución.

I.- DERECHO ROMANO.

En el derecho romano, el derecho sucesorio tiene un fundamento familiar. La familia se vincula por la herencia. El heredero es el sucesor de la potestad soberana sobre el grupo familiar o gentilicio, reemplaza al de cujus y se coloca en su misma posición jurídica. Dicha posición jurídica se cifra en una potestad ejercida indistintamente sobre personas y cosas, vinculada a relaciones patrimoniales y extrapatrimoniales. El patrimonio se adquiere como consecuencia de la SUCCESSIO. El de cujus transmite al sucesor todo tipo de derechos y obligaciones, y este obtiene un patrimonio en bloque como consecuencia de la adquisición de esa potestad. El heredero, asume la jefatura de la familia y evita la disgregación de esta. La fórmula hereditaria romana hace posible la marcha continua de la familia, tanto en su espíritu como en su patrimonio. El heredero

es sucesor de una posición jurídica unitaria vinculada a la familia a título de HERES.

En la época clásica, la única forma de sucesión conocida por los romanos es la sucesión universal, aquella en la que el heres se coloca en la posición jurídica del de cuius y adquiere el patrimonio en bloque y las deudas de su antecesor como consecuencia de la sucesión.

El adquirente de derechos y cosas singulares no reemplaza al de cuius en su posición jurídica, no sucede al que lo transmite, ni responde de sus deudas, la única obligación que tiene es la de tomar o dejar ese derecho. No es sucesor sino adquirente directo ya que no sucede al que le transmite. El heredero de la época clásica es sucesor y el legatario es adquirente.

Para la época postclásica, el legado se concibió como una disposición mortis causa, contenida en un testamento o en codicilo confirmado sobre bienes concretos y con cargo al heredero. Significó un traspaso de derechos singulares contenido siempre en un testamento y su validez dependía de la del heredero instituido en el testamento.

En la época primitiva se desconoce la categoría de "legado", sólo se reconoce la posibilidad de incluir en el testamento disposiciones patrimoniales a título particular. El concepto general de

legado es el resultado de la evolución histórica de las disposiciones a título particular, que poco a poco se desarrollaron y crearon diversos tipos de legados.

Existen cuatro tipos de legados en el derecho romano en la época clásica, cada uno con una estructura y efectos jurídicos propios:

1.- Legatum per vindicationem: Es el legado traslativo de propiedad o constitutivo de derechos reales, ("legado de propiedad"). Aceptada la herencia, la cosa legada se transmite inmediatamente al legatario. Si se lega una cosa no fungible esta debe pertenecer al testador en el momento de otorgar su testamento así como en el momento de su muerte, si se trata de un bien fungible basta que pertenezca al testador al momento de su muerte. En virtud de este legado el testador puede dejar la propiedad de una cosa o un derecho real (un usufructo o una servidumbre).

Tiene su origen en una disposición mortis causa a título particular que es la donación mortis causa, esta "supone una atribución en vista de la premoriencia del donante como sustracción de lo que irá a parar al heredero de este. Por ello se dice que el donante prefiere al donatario antes que al heredero..."¹

¹ BIONDO, Biondi, Sucesión Testamentaria y Donación, 2a de., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1960, p. 720

Este tipo de donación tenía la misma función práctica que el legado y sólo podía referirse a cosas corporales.

La donación surte efectos sólo a la muerte del donante y es eficaz cuando el donante ha premuerto al donatario.

2.- *Legatum per damnationem*: Este legado atribuye un derecho de crédito al legatario, es el legado constitutivo de una obligación, por virtud del cual el legatario puede pretender un *dare* o un *facere*. El testador le impone al heredero la obligación de realizar una prestación en favor del legatario. Este no adquiere la propiedad de la cosa. Puede ser sobre una cosa cierta o sobre una incierta y se puede referir a cosas propias o ajenas, presentes o futuras.

Este legado tiene su origen en la *Mancipatio familiae*, que consiste en una simple *rogatio* cuyo cumplimiento se deja a la *fides* del empor. El legado produce obligaciones cuando la recomendación adquiere eficacia jurídica, cuando la *rogatio* se convierte en obligación.

3.- *Legadum sinendi modo*: El heredero no transmite la propiedad de una cosa sino que está obligado a realizar una prestación negativa, permite que el legatario realice su derecho. Puede recaer sobre cosas de propiedad del testador o del heredero.

El legado *sinendi modo*, parte de la mismas bases que el legado *per damnationem*. Se afirma que inclusive le precedió como primer paso para el reconocimiento jurídico de la *rogatio*.

4.- *Legatum per praeceptionem*: Este legado se establece a favor de uno de los coherederos que está autorizado a llevarse antes de la partición la cosa legada. Este legado se fue ampliado hasta que se identificó con el legado *per vindicationem*. Los *sabinianos* consideran que este sólo se puede legar en beneficio de quien al propio tiempo ha sido instituido en una parte de la herencia, los *proculeyanos* entienden que se puede legar incluso a un extraño.

El legado *per praeceptionem* en un principio no atribuye al heredero un legado. No aparece como un legado típico, tiene la función de permitirle al testador la atribución de cosas concretas a los herederos, por medio de la *praescriptio* el *de cuius* puede distribuir las cosas hereditarias a los coherederos, puede asignar al heredero cosas concretas dentro de su cuota, dicha disposición tiene eficacia por medio de la *adiudicatio*. Este legado apareció como un prelegado y tiene la función de hacer una atribución a título particular a un heredero.

El legado *sinendi modo* es muy similar al *per damnationem*, los dos buscan constituir una obligación a cargo del heredero, con la diferencia de que el primero se crea una obligación positiva y en el segundo una negativa.

El legado per praeceptionem tiene los mismos efectos que el per vindicationem, ya que en ambos se transmite la propiedad de la cosa legada, supone siempre la adquisición de la misma. La diferencia entre uno y otro está en que en el primero se adquiere la propiedad por la adjudicatio y en el segundo el legatario adquiere la propiedad directamente.

Este desarrollo que tuvieron los legados llevaron, en el siglo I del imperio, a la reducción de los legados en dos tipos esenciales, irreductibles y universales de legado: legado con efectos reales y legado con efectos obligacionales.

En relación a estos dos tipos de legados se puede hablar de una unificación de los mismos, no de sus regímenes jurídicos sino en el sentido que se llega a una noción general del legado, considerando al legado uno solo.

El fideicomiso, aparece en los primeros años del imperio con la finalidad de superar las deficiencias del legado. En épocas antiguas si una persona no quería hacer testamento pedía a otra que ejecutara su última voluntad, encomendaba a la fides del tercero la ejecución de su propia voluntad.

El fideicomiso nació estando fuera de la ley y fue de gran utilidad para superar los problemas de incapacidad o de idoneidad

para ser heredero o legatario, obstáculos invencibles para quien quisiera beneficiar a alguien con estos impedimentos. De esta manera lo que no podía obtenerse por testamento se obtenía por fideicomiso, teniendo este sólo autoridad moral.

En la época de Augusto se reconoció el fideicomiso y la ley le dió efectos jurídicos, de esta manera deja de ser una obligación moral y se transforma en una obligación jurídica.

El fideicomiso sirve para superar la ley a veces para ir en contra de ella. No estaba sujeto a ninguna formalidad, podía hacerse por escrito, (en un documento llamado codicilius), de manera oral o por juramento. Lo importante era que existiera la voluntad de vincular al gravado, de esta manera un fideicomiso podía ser ineficaz por falta de voluntad no por falta de forma.

Con el fideicomiso se superaban las deficiencias del legado, evitaba violar las normas prohibitivas o de orden público que lo regulaban. Rompe con la estrechez del ordenamiento tradicional abriendo nuevos horizontes a las disposiciones testamentarias.

A diferencia del legado, en el fideicomiso los incapaces (esclavos o deportados) tienen la testamentifatio activa, pueden establecer disposiciones para después de la muerte con la condición de que fallecieran siendo capaces. Esto es posible porque el fideicomiso se funda en la voluntad del disponente.

Los efectos del fideicomiso son obligatorios, la súplica se convierte en una obligación jurídica para el fiduciario. El reconocimiento de los efectos reales fue dado por el pretor por medio de la "missio in rem" con la que el fideicomisario entra en posesión de la cosa dada en fideicomiso, puede ejercitar la acción publiciana y adquirir por medio de la usucapión el dominium de la cosa. El fideicomiso se hacía valer por un proceso fundado en la autoridad del magistrado.

Por medio del fideicomiso se pierde la tradicional tipicidad de las disposiciones testamentarias, es una disposición general lícita a cargo de quien la recibe mortis causa. El fideicomiso impone una carga a quien adquiera mortis causa los bienes del difunto. Se puede imponer tanto en vía testamentaria como en la legítima. En este último caso la sucesión legítima concurre con la testamentaria, se puede dejar cuantos fideicomisos se quieran sin hacer nombramiento de heredero y en cualquier parte del acto, se puede imponer un fideicomiso al legatario.

Los sujetos en el legado son el difunto, el gravado y el legatario o beneficiario. El difunto debe tener necesariamente la testamentifacio activa. El gravado es el heredero. El legatario debe tener la testamentifacio pasiva y debe gozar de capacidad.

El objeto del legado pueden ser cosas corpóreas o incorpóreas. Entre las cosas que se pueden legar están:

1.- Legatum speciei.- La cosa dejada en legado es una cosa cierta y determinada, y se debe de entregar al legatario a la muerte del testador.

2.- Legatum generis.- El objeto del legado no está determinado individualmente, es comprendido en una categoría genérica y siempre que se trate de un legado per vindicationem, debe pertenecer la cosa al testador y el legatario realiza la elección de la cosa.

3.- Legatum partitionis.- El objeto dejado en legado es una parte de la herencia, una fracción numérica. El legatario no responde en este caso de las deudas porque no es heres.

4.- Legatum nominis.- El testador deja un crédito del que es titular y el heredero tiene la obligación de ceder sus acciones en favor del legatario.

5.- Legatum debitis.- Consiste en el legado de lo que ya debía el testador al legatario. La validez del legado depende de que la relación del acreedor con el legatario resulte beneficiada. Que le convenga reclamar la prestación en virtud del testamento y no de la obligación primitiva.

6.- Legatum Liberationis.- Consiste en el legado de crédito que tiene el testador frente al legatario, el heredero no puede pedir la deuda al mismo deudor, sólo podrá ser reconvenido por el deudor para que le libere de la obligación, el legado puede consistir en una renuncia al gravamen que grava la cosa del legatario.

Las doce Tablas permitían al de cujus distribuir en legados todo el patrimonio, tanto a favor de miembros de la familia como extraños a ella. Esta situación ponía en peligro el patrimonio familiar ya que un heredero podía repudiar una herencia que estuviera gravada en su totalidad con legados, trayendo esto la apertura de la sucesión legítima donde los legados no se toman en cuenta.

Para resolver esta situación la LEX FURIA estableció que nadie podía recibir a título de legado una cantidad superior a mil ases, a menos que se trate de parientes próximos.

La LEX VOCONIA por su parte prohibió que un legatario recibiera una cantidad superior a la adquirida por el heredero.

La LEX FALCIDIA dispone que el testador no puede dejar más de tres cuartas partes de la herencia distribuida en legados, con la finalidad de que el heredero recibiera por lo menos una cuarta parte de la herencia.

En caso de que el legado estuviera sujeto a las modalidades de condición o término, el legatario puede exigir del heredero una cautio para asegurar el cumplimiento de dichas modalidades. Si el heredero se negaba a prestar la cautio el legatario era introducido en los bienes de la herencia. Concediéndosele la custodia de los mismos, detenta la cosa conjuntamente con el heredero.

La Constitución de Caracalla confiere la posesión de los bienes de la herencia si el heredero deja transcurrir seis meses contados desde la reclamación judicial y no ha cumplido con el legado. El legatario tiene derecho a percibir los frutos desde el momento en que entre en posesión de los mismos hasta que el heredero de cumplimiento al legado.

La validez del legado queda condicionada a que la institución del heredero no sea nula o no pierda posteriormente su eficacia. En el derecho clásico se encuentran varias excepciones a esta regla: Si el heredero testamentario repudia la herencia para recibirla por vía legítima y no satisfacer por consiguiente los legados se puede obligarlo al pago de estos por medio de una actio facticia. Por otra parte si el testamento era inoficioso no se dejaban sin efecto los legados instituidos en el mismo.

El legado puede es nulo ab origine, cuando no se hace con las formalidades exigidas, cuando tiene vicios en el consentimiento, en la

capacidad o en el contenido. El legado nulo no se convalida si la causa de nulidad desaparece antes de la muerte del testador.

Una vez instituido el legado este puede perder su validez si el legatario muere antes que el testador, si pierde su capacidad antes del adquirir el legado, si la cosa legada perece sin culpa del gravado, si no se cumple la condición suspensiva, si se revoca o si se adquiere el objeto por otro título lucrativo.

El prelegado consiste en legar a favor de uno de los herederos, y su satisfacción compete a todos los herederos en proporción a la parte de la herencia que reciben. La carga del legado recae también sobre el heredero que es beneficiado con el legado, y se considera nulo en la parte que grava sobre su cuota. Es nulo en los límites de la cuota del heredero prelegatario, quien puede hacer valer su derecho frente a los otros coherederos en proporción a sus cuotas. Es nulo el legado que se hace al único heredero.

Esta fue la manera como los romanos concibieron el legado, como una disposición testamentaria a título particular.

La herencia y el legado son disposiciones de carácter patrimonial que se encuentran en el derecho romano. Donde se conciben como instituciones distintas tanto en su estructura como en las consecuencias jurídicas que de las mismas se derivan. La herencia instituto significa la sucesión universal, el heres se subroga

en la relaciones que tenía el difunto. El legado no siempre implica subrogarse en un derecho del difunto, implica una sustitución limitada a relaciones determinadas y singulares. De esta forma la herencia no se determina por la cuantía sino por la situación en que se encuentra el heredero.

II.- DERECHO ESPAÑOL.-

El derecho sucesorio en la península Ibérica no encuentra su fundamento en el derecho familiar. La sucesión no tiene su lugar en la persona sino en los bienes.

"el heredero sucede en todos los bienes, por lo que la sucesión es un modo universal de adquisición. Fallecido el que da origen a la sucesión o causante de ella, el conjunto de bienes o herencia es objeto de ofrecimiento o delación hasta su aceptación o adición, y durante ese periodo permanece sin desintegrarse en concepto de herencia yacente, es decir, en forma pasiva..."²

En el derecho medieval español existen además de las formas específicas de sucesión propias del derecho sucesorio que son la testamentaria y la legítima, otras que tienen su origen en distintas fuentes.

² PALOMAR LEON, Jorge, Reflexiones sobre la Evolución Histórica del Derecho Sucesorio, 1a ed., México, D.F., 1981, p. 93

Estas maneras no-específicas de suceder se utilizaron porque el Liber Iudiciorum era de difícil aplicación creando incertidumbre para la sucesión intestamentaria y la sucesión testamentaria era muy complicada ejecutarla.

Las formas de suceder distintas a la sucesión testamentaria y a la sucesión intestamentaria son:

1.- La Donación:

Dada las anteriores dificultades, se utiliza en el derecho visigodo la figura de la donación para la transmisión de los bienes, misma que alcanzó verdadera importancia.

La donación post obitum tiene los mismos efectos que la donación mortis causa en el derecho romano. En virtud de este tipo de donación, la sucesión testamentaria queda sujeta a una condición suspensiva. Dicha donación puede ser revocable hasta la muerte del donante.

La donación reservato usufructu se utilizó mucho por los visigodos. Fue transmitida por el derecho teodosiano al Brevario de Alarico. En virtud de esta, el donante trasmite en vida sus bienes al donatario y se reservaba el usufructo hasta el momento de su muerte, siendo irrevocable la donación.

2.- El Mayorazgo:

Por medio de esta institución una persona dispone que sus bienes se transmitan sucesivamente en la forma que esta lo disponga. Su origen se encuentra en la necesidad de regularizar los patrimonios familiares ya que estos se encontraban desestabilizados debido a la guerra de reconquista y a la dificultad de ejecutar los testamentos.

Los mayorazgos pueden ser regulares (respetan el orden sucesorio) e irregulares (no respetan el orden sucesorio); cortos o a largo plazo (según la cuantía del patrimonio).

3.- Amortización:

Por medio de esta institución, se transmiten ciertos bienes a una entidad. La continuidad de estos bienes amortizados no daban lugar a la sucesión. Este organismo puede ser de cualquier naturaleza.

El testamento es para los visigodos un acto formal y puede ser oral o escrito. Su ejecución era problemática en los primeros siglos de la reconquista, por lo que se convirtió por un tiempo en un mandato de confianza por medio del cual el testador encomienda su voluntad a otras personas.

La institución del legado renació con el derecho común teniendo diversas denominaciones: legat, lexa, manda, entre otras. Son

considerados como donaciones a cargo del heredero o de un legatario.

Los legados podían ser:

Legado de cosa ajena, donde el heredero queda obligado a adquirirla para después transmitirla al legatario;

Legado de cosa empeñada, este solo es posible si el empeño es suficiente para pagarlo;

Legado de deuda del legatario al testador, este supone una condonación de la deuda;

Legado de créditos que el testador posee contra terceros;

Legado de alimentos;

Legado de elección, aquí el legatario está facultado para elegir entre dos cosas que le ha dejado el testador;

Legado por el alma;

Legado por la viuda; etcétera.

En el derecho español se distingue el legado voluntario del legado forzoso. El primero de estos legados los instituye el testador en virtud de que existe una cuota de libre disposición de la herencia que no tiene trabas. El legado forzoso se crea por la obligación que tiene el testador de establecer legados en favor de ciertas personas tales como las huérfanas para que se puedan casar; los cautivos con la finalidad de redimirlos; las viudas y de los hijos de muertos en guerra, etcétera.

El derecho visigodo conoció una institución denominada legítima antidualista. Por medio de esta figura se protege a los hijos o nietos del testador cuando este dispone sus bienes a personas extrañas.

Esta legítima es de la cuarta quinta parte de la herencia y se reduce a tres cuartos cuando se ha preferido a un hijo póstumo y se realiza una donación sin intención de perjudicarlo.

La legítima de la cuarta quinta parte puede ser larga o corta "según se incluya o no una parte de base puede disponer en favor de los hijos en perjuicio de otros, es manténida en la última forma, con ocho quinceavos de la herencia, en la mayor parte de los territorios de Cataluña, como Gerona, Barcelona, Cervera y Lérida, bajo la denominación de "costumbre según la Ley Goga", hasta 1333..."—

La legítima se satisface en bienes muebles aunque el cómputo se realiza sobre bienes muebles e inmuebles. En algunos derechos locales se le conceden medios procesales a los hijos e hijastros que sospechan que los padres les están ocultando bienes.

Otra figura manejada por el derecho visigodo en materia de sucesión de bienes es la mejora, que es la fracción de la legítima sobre la que el testador puede disponer en beneficio de los legitimarios perjudicando a otros.

Dentro del grupo de legitimarios a los que está obligado el testador a beneficiarlos, pueden escoger entre ellos a cuales favorecerá.

La mejora es independiente de la herencia y el testador es el titular de la acción de mejorar.

La mejora puede establecerse ya sea en testamento, en contrato de donación intervivos, contrato estipulado con un tercero a título oneroso o por medio de una promesa de mejorar. La mejora puede ser expresa o tácita. El pago de la mejora se hace con las cosas que expresamente señala el testador.

El derecho visigodo se caracteriza por la serie de liberalidades en favor de personas extrañas a que está obligado el testador, tales como las realizadas en favor de la Iglesia, en donde los legados tienen gran importancia.

III.- DERECHO INDIANO.

El derecho de las indias encuentra su fundamento en el derecho español. Se basa fundamentalmente en los principios del derecho visigodo. Cabe destacar la importancia que tuvieron las encomiendas y los mayorazgos.

En 1536 se dictó la Real Provisión sobre Encomiendas la que establecía un régimen especial sucesorio ya que el causante de la encomienda no podía disponer libremente de esta. Cuando moría el encomendero el mayor de los hijos era quien se encargaba de la encomienda hasta que tuviera edad para llevar las armas.

Eran incapaces de suceder en las encomiendas:

los hijos no legítimos;

los hijos naturales;

los religiosos y clérigos;

y los que ya tenían encomienda.

En Las Ordenanzas de Población de 1573 se concedió al poblador principal "la facultad de instituir mayorazgo de todos los bienes y haciendas que adquiriese en la nueva población..."³.

Sólo podían gravarse los mayorazgos "que fueran necesarios para atender a la reposición de las casas y haciendas que hubiesen padecido ruinas y justificando antes no tener otros bienes con que repararlas..."⁴

Quienes suceden a los mayorazgos no pueden ser gravados porque suceden a los que los fundaron o instituyeron. Sólo pueden enajenarse las cosas que componen el mayorazgo si es por causa de dote, si no es por ese motivo no se puede alienar esos bienes.

3 Ibidem p. 127

4 Ibidem p. 127

Las leyes de la Nueva Recopilación y la Novísima, establecen las reglas que se deben seguir en los testamentos. Estas normas tienen como finalidad asegurar la libertad testamentaria.

Los indios tienen en el derecho indiano plena libertad para testar y mayores privilegios. Se exigían menos formalidades y requisitos.

**CAPITULO SEGUNDO:
GENERALIDADES DEL DERECHO DE SUCESION Y DEL
TESTAMENTO:**

**I.- GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE
SUCESIÓN Y DEL DERECHO HEREDITARIO.**

I.1.- DERECHO DE SUCESION.-

1.- Definición de SUCESION.- Sucesión es la sustitución en la titularidad, en los derechos y relaciones que admiten sustitución, es un cambio en el sujeto de una relación. Savigny la define como "la transformación puramente subjetiva de una relación de derecho..."⁵ Planiol la define como "la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas..."⁶

El artículo 1281 del Código Civil concibe la sucesión como la transmisión de la titularidad de un patrimonio de una persona fallecida a sus herederos.

⁵ DE IBARROLA, Antonio, Cosas y Sucesiones, México Porrúa, 1957, p.235

⁶ *Ibidem*, p. 637

2.- Elementos de la Sucesión.-

a).- Una relación transmisible:

Sólo se transmiten los derechos transmisibles, que son principalmente los derechos económicos ó pecuniarios. Solo formarán parte del acervo hereditario los derechos y las obligaciones que son transmisibles.

La regla general es que los derechos patrimoniales se transmitan, sin embargo dentro de estos hay unos que transmiten y otros no como es el caso del usufructo, el uso y la habitación, la pensión o la renta vitalicia, etc.

Se transmiten los derechos reales y las relaciones nacidas de un derecho de crédito que no se extingan por la muerte o por la posesión, en general todos los derechos patrimoniales que no se extingan con la muerte, o que no sean personalísimos.

No se transmiten entre otros los derechos que nacen de los contratos celebrados Intuite persona, en atención a la persona (mandato, sociedad); los derechos que nacen del usufructo; los derechos públicos; los derechos derivados de una cualidad personal y ligados a la personalidad (patria potestad, el derecho a reconocer un hijo natural, el derecho a adoptar, etc.); el comodato, la responsabilidad penal, etc.

b).- Una persona que transmite:

Esta es el causante, el autor de la sucesión.

c).- Una persona que recibe la transmisión:

Es quien sustituye al autor de la sucesión, el que entra en la relación jurídica del de cuius, el que le sucede, ya sea en calidad de heredero o de legatario.

d).- Un vínculo entre sucesor y el autor de la misma.

Para que una persona pueda suceder a otra, necesita estar legitimada para ello, se requiere de un vínculo, de una VOCACION HEREDITARIA.

3.- Especies de sucesión.-

Las sucesiones pueden ser intervivos o mortis causa.

1.- Intervivos: las partes están presentes en el acto de la sucesión. Estas sucesiones son siempre a título particular, como consecuencia de la teoría clásica del patrimonio, ya que este es inseparable de la persona. Una persona no puede enajenar en vida la totalidad de su patrimonio. El patrimonio considerado como una universalidad no puede transmitirse en su totalidad a no ser mortis causa. Ambas partes con sus voluntades concurren a la celebración del acto.

Por ejemplo: el comprador sucede al vendedor, el donatario al donante, etc.

2.- Mortiscausa: Es la sucesión por excelencia. A la muerte de una persona, el patrimonio de esta subsiste y serán lo sucesores del de

cujus quienes se sustituyan en la titularidad de este. Dicha sucesión puede ser a título universal o a título particular. La causa de esta sucesión puede ser un testamento o cualquier otra disposición mortis causa no incluida en este.

En la sucesión mortis causa la transmisión de la totalidad o de parte de los bienes y derechos esta sujeta a la condición suspensiva de la muerte de una persona, es por esto que se denomina así "*mortis causa*".

En nuestra legislación se puede suceder mortis causa ya sea por medio de una sucesión legítima o testamentaria.

4.- División de la Sucesión.-

Existen dos maneras de suceder:

A título universal.- Sucede en todo el patrimonio del difunto, tanto en el activo como en el pasivo, responde el sucesor de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes. Hereda la totalidad o una parte o fracción de esa universalidad. También es llamada por los tratadistas como *sucesio in jus o universum jus*.

A título particular.- Sucede un bien concreto y determinado, no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador sin perjuicio de responder de manera subsidiaria con los herederos.

También llamada por los tratadistas como *sucesio in rem, in rei dominium*.

La clasificación de heredero o legatario no es por la cantidad de bienes que se reciben sino por el modo como son llamados a gozar y a recoger de la herencia.

Según la manera de suceder, ya sea título universal o a título particular, el sucesor recibirá el nombre de heredero o legatario.

I.2.- DERECHO HEREDITARIO.-

1.- Definición de Derecho Hereditario.- Es el conjunto de normas que regulan la transmisión del patrimonio de una persona fallecida a sus herederos.

El Derecho Hereditario nace *mortis causa* y recae sobre una universalidad que es el patrimonio del difunto, donde el patrimonio es lo esencial, y la persona es lo accidental,

Los sujetos del derecho hereditario son el autor de la sucesión, los herederos y legatarios, el albacea, los interventores, acreedores de la herencia.

2.- Constitución del Derecho Hereditario.-

a).- Apertura de la Sucesión: A partir de este momento los herederos están autorizados para tomar posesión de los bienes del difunto. El presupuesto de la apertura de la sucesión es la muerte. El

lugar donde se abre la sucesión es el último domicilio del autor de la misma.

b).- Delación: Es el llamado que se hace a los herederos y legatarios. Para que un heredero sea causante no es suficiente que se produzca la apertura de la sucesión sino que deber ser llamado a la herencia, es decir deber estar legitimado para heredar del difunto. Este fundamento a ser llamado puede encontrarse en la ley o en una disposición por causa de muerte.

c).- Aceptación: Esta debe hacerse antes de que pase el tiempo señalado en ley y antes de que prescriba. (Art. 1652.). La aceptación es indispensable y es retroactiva.

3.- Sucesión Testamentaria y Legítima.- Nuestra legislación conoce dos tipos de sucesión: testamentaria y legítima. Así como lo establece el artículo 1282 del Cód. Civ. "la herencia se difiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima".

La sucesión testamentaria se presenta cuando el de cujus ha otorgado testamento y en este ha designado herederos y legatarios. La sucesión legítima se presenta cuando no existe testamento, en este caso la ley va a suplir la voluntad del de cujus.

Si el testador no dispone de todos sus bienes en el testamento, en el supuesto de solo dejar legados, se abre una sucesión legítima para la parte de los bienes de los que no dispuso. "El testador puede

disponer de todo o de parte de los bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la Sucesión Legítima" (Art. 1283 Cód.. Civ.)

4.- Separación de Patrimonios y beneficio de inventario.- En materia de sucesiones hereditarias "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" (Art. 1678 Cód. Civ.). Los patrimonios del de cujus y del heredero no se confunden, permanecen separados, hasta que se realice la adjudicación.

El beneficio de inventario consiste en que el heredero responde de las deudas hereditarias sólo con los bienes de la herencia y hasta donde alcancen estos, en ningún caso responde con los bienes propios.

5.- Adquisición de la propiedad de los bienes de la herencia.- Al fallecimiento del de cujus, los herederos y legatarios no adquieren la propiedad de los bienes, sino sólo se les reconoce un derecho en favor de ellos para la adquisición de estos. "A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derechos a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras no se hace la división." (Art. 1288 Cód. Civ.)

"El derecho a la posesión de los bienes hereditarios se transmite, por ministerio de la ley, a los herederos y a los ejecutores

universales, desde el momento de la muerte del autor de la herencia....." (Art. 1704 Cód. Civ.)

1.3.- DERECHO HEREDITARIO COMO CONSECUENCIA DE LA TEORIA DEL PATRIMONIO.-

El derecho hereditario es consecuencia de la teoría del patrimonio y para entender la finalidad de este hay que hacer alusión a esta teoría.

La palabra patrimonio viene del latín *patrimonium* y es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero. Los elementos que componen el patrimonio son considerados como una universalidad de derecho ya que estos elementos apesar de que puedan cambiar se mantienen unidos formando una unidad.

Existen varias teorías que tratan de explicar cual es la fuerza que mantiene unidos a los elementos que lo componen, como son la teoría personalista, la teoría del patrimonio de afectación y la teoría ecléctica de Planiol.

Al fallecer una persona, el patrimonio de esta sigue formando una unidad, mantiene la misma unión que tenía antes de la muerte del titular del mismo y se transmite a los herederos y legatarios una universalidad.

El patrimonio que se transmite a los sucesores forma un activo y reporta un pasivo. Estos bienes están reunidos entre sí con la finalidad de responder de un pasivo determinado, sino fuera así los sucesores solo aceptarían el activo y el acreedor quirografario quedaría sin garantía, por eso es que el patrimonio se trasmite como una universalidad, y como una unidad con la finalidad de que se haga su liquidación.

Estos principios debe reglamentarlos y respetarlos el derecho hereditario.

La teoría del patrimonio se ha realizado en beneficio del acreedor quirografario a fin de evitar que el derecho que tiene este sobre el patrimonio de una persona se vea menoscabado con transmisiones a título universal.

El acreedor quirografario es aquél que no cuenta para garantizar su derecho de la afectación específicamente determinada de algún bien. Esto significa que si el deudor no cumple con su obligación, el acreedor podrá rematar o embargar cualquiera de los bienes que pertenezcan a este. Todos y cada uno de los bienes del deudor le sirven al acreedor quirografario de garantía.

Esto no podría aplicarse si la teoría del patrimonio no considerara al patrimonio como una unidad abstracta y afectada a la

garantía del crédito. De lo contrario cada acreedor tendría que garantizar su crédito con un bien determinado y esto traería como consecuencia la inmovilización del bien, su libre circulación, sería antieconómico.

Con la teoría del patrimonio, el acreedor quirografario tiene en garantía de su crédito la potencialidad económica del deudor, ya que su garantía es todo el patrimonio como una universalidad, independientemente de la afectación de un bien concreto.

La principal garantía del acreedor quirografario consiste en que el activo y el pasivo de un patrimonio se mantienen inseparables. Por esta razón es por la que los herederos no pueden adjudicarse en propiedad individual los bienes heredados sino hasta que las deudas hereditarias hayan sido pagadas durante el periodo de liquidación. El patrimonio entra en liquidación y sigue respondiendo de las deudas del de cujus, esto impide que el autor de la herencia defraude a sus acreedores disponiendo de cada uno de sus bienes de manera individual por medio de legados, y así lo dispone el artículo 1321 del Código Civil.

El patrimonio es la prenda general y tácita de todos los acreedores.

El Código Civil tiene varias disposiciones en este sentido:

Art. 2964.- "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables."

Art. 1284.- "El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda."

Art.1286.- "Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos."

Art. 1678.-" 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."

Art. 2355.- "Si la donación fuere de todos los bienes, el donatario, será responsable de todas las deudas del donante anteriormente contraías, pero sólo hasta la cantidad concurrente con los bienes donados y siempre que las deudas tengan fecha auténtica."

II.- SUCESIÓN VOLUNTARIA

II.1.- DEFINICION DE TESTAMENTO.-

Ruggiero lo define como "un acto solemne, unilateral, espontáneo, revocable, por el cual una persona determina el destino de su patrimonio para después de su muerte y reglamenta sus relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva..."⁷

Valdeverde dice que es "un negocio jurídico unilateral, personal y autónomo en el que la voluntad produce su efecto hasta después de la muerte que lo emite..."⁸

Para Modestino es "una justa disposición, decisión, de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho para después de su muerte..."⁹

El Código Civil de 1884 en su artículo 3237 establece que el testamento es el "acto por virtud del cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos..."

Nuestro Código lo define como 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."

II.2.- CARACTERÍSTICAS DE LOS TESTAMENTOS.-

⁷ AGUILAR Y CARBAJAL, Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil, Bienes Derechos Reales y Sucesiones, México, Porrúa, 1975, p. 287

⁸ *ibidem* p. 288

⁹ *Op. cit.*, p. 346

De la definición que establece el Código Civil encontramos como características del testamento, que es un acto jurídico, personalísimo, revocable y libre:

1.- ACTO JURIDICO.- Porque existe una declaración de voluntad cuya finalidad es que se produzcan consecuencias de derecho. El acto de testar se realiza libremente por el testador, quien busca que la voluntad que se expresa en el testamento surta efectos de la manera que el lo establece.

El acto jurídico tiene elementos de esencia y de validez. El testamento como acto jurídico tiene también estos elementos:

a) elementos de esencia del testamento:

a.1.- voluntad La voluntad del testador es producir consecuencias de derecho, efectos jurídicos o morales; si no fuera esta la voluntad se estaría frente a un hecho jurídico voluntario no frente a un acto jurídico. Tiene efectos jurídicos la voluntad del de cujus cuando reúne los requisitos que marca la ley y se contiene dentro de los límites que establece el Código Civil. Esta debe ser clara, cumplida y expresa, no se admite la voluntad tácita. (art. 1489 Cód. Civ.)

a.2. objeto: El objeto puede ser directo o indirecto.

----Directo.- Es crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones para después de la muerte;

----Indirecto.- Es el objeto de la obligación que ha nacido del acto jurídico del testamento; dar hacer o no hacer.

Este objeto debe tener un contenido patrimonial, moral o pecuniario; ser posible; estar dentro del comercio y estar determinado o ser determinable.

b) elementos de validez del testamento:

b.1.- causa: Esta es el motivo determinante de la voluntad del testador. La doctrina causalista dice que en los actos jurídicos gratuitos (como lo es el testamento) la causa es hacer una liberalidad.

El fin es el objetivo concreto que se pretende realizar, el cual debe ser lícito. En materia de testamentos la cláusula que sea ilícita se tiene por no puesta. (art. 1304 Cód. Civ.).

b.2.- capacidad: Se requiere una edad mínima de 16 años para poder otorgar testamento y gozar de sus facultades mentales (no es impedimento absoluto según lo dispone el artículo 1308 del Cód. Civ.). La falta de capacidad trae como consecuencia la nulidad absoluta.

b.3.- vicios de la voluntad.- En materia de testamentos sólo opera el error destructivo de la voluntad (art. 1301 del Cód. Civ.). El legislador al reglamentar el error como vicio de la voluntad lo confunde con la causa; tanto la violencia (física o moral) como el dolo

traen aparejada la nulidad. Esta nulidad puede convalidarse dado que la ley no señala un plazo para prescribir la acción ni le atribuye a determinadas personas el ejercerla.

b.4. forma.- Los testamentos deben de revestir la forma que la ley establece para que sean válidos, la cual será según el tipo de testamento que se trate la que el Código Civil señale. La falta de la misma trae la nulidad del acto (art. 1491 Cód. Civ.).

2.- ACTO DE ULTIMA VOLUNTAD.- Es un acto mortis causa, los efectos se producen a partir de la muerte del testador. El testamento contiene la última voluntad del testador, lo que quiere que se cumpla para cuando el fallezca y dicha voluntad subsiste hasta que no haga un testamento posterior o que por cualquier acto se revoque. El testamento no está sujeto a prescripción o caducidad dado que contiene la ULTIMA VOLUNTAD del testador.

3.- ACTO PERSONALISMO.- La declaración de voluntad que hace el testador es personalísima. Esta característica se entiende en dos sentidos:

A).- No se puede otorgar por medio de representante, es un acto que por su naturaleza tiene el testador que otorgar personalmente, toda representación está excluida (art. 1297 Cód. Civ.);

B).- Acto esencialmente individual, contiene la voluntad de una sola persona, no pueden testar en el mismo acto dos o mas personas (art. 1296 Cód. Civ.).

4.- ACTO LIBRE.- La voluntad del testador se manifiesta de una manera libre, sin que la voluntad se encuentre viciada por error. El testador a nada se obliga (art. 1301 Cód. Civ.), por dolo o mala fe (art. 1487 Cód. Civ.).

5.- ACTO REVOCABLE.- Esencialmente revocable dado que es un acto de última voluntad, la facultad de revocarlo es irrenunciable (art 1295, 1492, 1493 Cód. Civ.). La revocación del testamento puede ser expresa o tácita, total o parcialmente. Es expresa cuando el testador lo manifiesta en forma terminante o cuando otorga un nuevo testamento o en un acto especial. Es tácita cuando resulta de las circunstancias haciendo incompatibles las disposiciones testamentarias.

El testamento se diferencia del contrato, no se puede confundir uno con el otro, apesar de que ambos son fuentes de derechos y obligaciones y que transmiten derechos reales y personales. En el contrato no puede haber una transmisión total de un patrimonio de una a otra persona, ni aún en el caso de las donaciones a título universal, porque en este caso el donante se debe reservar en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias (art.2347 Cód. Civ.). Además de que las donaciones

sólo pueden ser intervivos y las que se hagan para después de la muerte del donante, se rigen por las disposiciones relativas a las sucesiones no a las disposiciones concernientes a los contratos. En los testamentos la voluntad debe ser clara y expresa, no se admite la voluntad tácita.

II.3.- FORMA DE LOS TESTAMENTOS.-

El testamento es un acto formal, y la ley establece varias formas mediante las cuales el testador puede exteriorizar su voluntad. En cuanto su forma los testamentos estos pueden ser: Ordinarios y Especiales, según sea que al momento del otorgamiento del mismo se den o se requieran condiciones o formalidades normales o excepcionales.

El TESTAMENTO ORDINARIO "es aquel que puede hacerse por todas las personas capaces independientemente de las circunstancias especiales..."¹⁰ permitiendo al testador no precipitarse en el otorgamiento de su testamento, de manera que la voluntad contenida en este sea reflexionada y acabada. Debiendo observarse las formalidades que la ley exige.

El TESTAMENTO ESPECIAL se otorga en aquellos casos en que las circunstancias ordinarias o comunes no son suficientes. Los requisitos son más sencillos, lo que permite que el testamento se

¹⁰ ARCE Y CERVANTES, José, De las Sucesiones, México Porrúa, 1992, p. 123

otorgue en las condiciones particulares en las que se encuentre el testador.

De acuerdo a lo establecido en el Código Civil los testamentos ordinarios son:

El Testamento Publico Abierto;
El Testamento Público Cerrado;
El Testamento Ológrafo
y El Testamento Público Simplificado.

Y los testamentos especiales son:

El Testamento Privado;
El Testamento Militar;
El Testamento Marítimo;
y El Testamento hecho en el país extranjero.

1.- TESTAMENTOS ORDINARIOS.

A).- TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.-

El Código Civil lo define como aquel que se otorga ante notario. Este es el testamento más usual. Es PUBLICO porque la voluntad del testador se hace constar en un INSTRUMENTO PUBLICO y es autorizado por un funcionario público; y es ABIERTO porque esta voluntad no es oculta ni secreta, la conocen el Notario y los testigos (en su caso), y consta visible en el protocolo del Notario.

La capacidad que se requiere para otorgar este testamento es la misma que para otorgar cualquier clase de testamento, la capacidad general. La persona que desee otorgar este tipo de testamento deberá expresar de modo claro y terminante su voluntad a el Notario, quien redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y lo leerá para que el testador manifieste su conformidad y lo firmen el testador, el notario, en su caso los testigos y el intérprete, asentándose lugar, año, mes, día y hora en la que otorga.

Sólo concurrirán a la firma del testamento dos testigos, cuando el testador o el notario lo soliciten.

Si el testador no sabe o no puede firmar el testamento, uno de los testigos firmará a ruego del testador y éste imprimirá su huella digital.

Si el testador es sordo, pero sabe leer, tiene la obligación de dar lectura al testamento, y si no sabe hacerlo, designará a una persona para que lo lea en su nombre.

Si el testador es ciego, o no puede o no sabe leer, se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario y otra por uno de los testigos u otra persona que elija el testador.

Si el testador ignora el idioma del país, si puede escribirá su testamento que será traducido al idioma español por un intérprete. La traducción se transcribirá como testamento en el protocolo, y el original firmado por el testador, por el intérprete y por el notario, se agregará al apéndice de la escritura del notario. Y sino sabe escribir, el intérprete escribirá el testamento y una vez leído y aprobado por el testador, se traducirá al idioma español por el intérprete que debe concurrir al acto hecha la traducción se procederá a transcribir el testamento en el protocolo y el original se agregará al apéndice de la escritura. Si no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento al intérprete, quien lo traducirá y se transcribirá en el protocolo del Notario la traducción y el original se agregará al apéndice de la escritura correspondiente.

En este testamento se exige la unicidad del acto, unicidad de contexto, ya que la ley exige que todas las formalidades se realicen en un sólo acto que comenzará con la lectura del testamento. El notario debe dar fe de que se llenaron todas las formalidades exigidas por la ley.

En el caso de que llegare a faltar alguna de las solemnidades exigidas en la ley, el testamento quedará sin efecto, y el notario será responsable por daños y perjuicios, sin perjuicio de la sanción de la pérdida oficio.

El testamento otorgado de esta manera tiene toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos.

B.- TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.-

El Testamento Público Cerrado "se extiende por escrito, privadamente, en un pliego que se encierra en una cubierta, y así se presenta ante el Notario, constituyendo esta presentación su otorgamiento..."¹¹

El contenido del Testamento Público Cerrado es ignorado por las personas que intervienen, Notario y testigos. Es un documento privado, escrito de puño y letra del testador, o por otra persona a su ruego y en papel común.

Como formalidades en este testamento, el testador deberá rubricar todas las hojas que lo contengan y rubricar al calce, en caso de que no supiera hacerlo lo hará otra persona a ruego del testador, misma que deberá comparecer al otorgamiento del testamento. El notario declarará que ésta persona firmó y rubricó en nombre del testador y firmará en la cubierta con los testigos y con el notario.

La presentación del testamento ante el Notario Público deberá hacerse en un sobre cerrado y sellado, o deberá cerrarse y lacrarse

¹¹ FERNANDEZ AGUIRRE, Arturo, Derecho de los bienes y de las Sucesiones, 2a. de., México, José María Cajica Jr., 1972, p.520

en el momento de la presentación y se exhibirá en presencia de tres testigos.

El otorgamiento consiste en la declaración de la voluntad que hace el testador ante el notario y tres testigos, de que ese pliego que contiene su última voluntad. El Notario dará fe del otorgamiento expresando las formalidades requeridas por la ley, asentando constancia en la cubierta que lo contenga, la que será firmada por el testador y los testigos que intervengan y autorizada por el Notario, quien además imprimirá su sello; también asentará razón en su protocolo, respecto del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento y de su entrega; la infracción de los requisitos que marca la ley trae como consecuencia la suspensión del notario por seis meses.

Cuando alguno de los testigos no supiere escribir, se llamará a otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre existan tres firmas; si no pudiere firmar el testador, al momento de la presentación, deberá firmar otra persona a su ruego y en su presencia, pero no podrá firmar por el testador alguno de los testigos; sólo en caso de suma urgencia podrá firmar un testigo por el testador o por otro de los testigos; pero el Notario está obligado a hacerlo constar, y si no lo hace se le suspende de oficio por tres años.

El sordomudo puede otorgar testamento público cerrado si supiere escribir, con la condición de que todo este escrito por el, fechado y firmado de su puño y letra, y al otorgarlo, deberá escribir

ante el Notario y cinco testigos, en la cubierta, que en aquel pliego se contiene su última voluntad y está escrito y firmado por él. el Notario declarará en el acta de la cubierta que el testador fue quien lo escribió. El sobre debe también estar cerrado y sellado. Si el testador no puede firmar sobre la cubierta, lo hará en su nombre alguna otra persona, y sólo en caso de urgencia podrá firmar un testigo, y el Notario dará fe de la elección.

El mudo o sordo pueden otorgar esta clase de testamento, siempre que esté escrito de su puño y letra, y si es escrito por otra persona, se lo debe hacer constar el testador y firmará la nota de su puño y letra.

La falta de formalidad alguna trae como consecuencia la nulidad del testamento y la pérdida de oficio y responsabilidad por daños y perjuicios para el Notario ante quien se otorgó el testamento.

Ya que ha sido cerrado y autorizado el testamento, se entregará al testador, quien podrá conservarlo en su poder, darlo en guarda a alguien de su confianza o depositarlo en el Archivo Judicial.

El depósito del testamento en el Archivo Judicial deberá hacerse mediante la anotación correspondiente en el libro que al efecto se llevará, haciéndose constar su entrega, constancia que será firmada por el testador y por el Director, entregándose al testador copia autorizada.

El depósito puede hacerse por procurador, y en este caso el poder quedará unido al testamento.

El testador puede retirar su testamento del Archivo Judicial, cumpliendo las solemnidades de la entrega.

El poder para la entrega o retiro del testamento siempre deberá otorgarse en escritura pública.

Una vez que el juez reciba un testamento público cerrado, hará comparecer ante a el Notario y los testigos a fin de que declaren que son suyas las firmas y la del testador o de la persona que haya firmado a su ruego, y que está cerrado y sellado como lo estaba al momento de su otorgamiento. En esta diligencia deberán comparecer los testigos y el notario, pero si hubieren fallecido, estuvieren enfermos o ausentes, se necesitará la comparecencia de la mayoría de ellos y del Notario; si por las mismas causas no puede comparecer el Notario, la mayor parte o la totalidad de los testigos, el Juez deberá hacerlo constar por información, así como la legitimidad de las firmas, y que en la fecha de otorgamiento se encontraban en el lugar del otorgamiento; pero en todo caso los que comparezcan deberán reconocer las firmas.

Una vez que se haya cumplido con los requisitos que la ley establece, se decretará la publicación del testamento, así como la

protocolización del mismo, la cual consiste en que el Notario deposite en el Apéndice el testamento original, extienda testimonio de su contenido y del acta de protocolización, el testimonio servirá de base para la tramitación del juicio sucesorio.

Será nulo si se encuentra rota la cubierta o abierta, o roto el pliego interior o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo suscriben, aun cuando el contenido no esté alterado.

Toda persona que tuviere bajo su guarda un Testamento Público Cerrado tiene obligación de presentarlo a la autoridad competente. Si lo subtrae dolosamente de los bienes del testador, perderá su derecho como heredero por intestado, sin perjuicio de la responsabilidad y pena que puede incurrir por el delito cometido.

C.- TESTAMENTO OLOGRAFO.-

El Testamento Ológrafo es "escrito de puño y letra del testador y otorgado con sujeción a las formalidades prescritas por el legislador para las disposiciones de última voluntad de esta clase..."¹²

Este testamento no necesita realizarse ante un fedatario público, como los testamentos públicos, la intervención de este solo

¹² DE PIÑA, Rafael, Derecho Civil Mexicano, México, Porrúa, 1975, p. 338

será necesaria para el depósito del mismo, que es propiamente el otorgamiento.

Sólo puede ser otorgado por personas mayores de edad. Debe ser escrito de puño y letra del testador (de ahí su nombre), por duplicado. Los extranjeros pueden otorgar testamento ológrafo en su propio idioma. Si hubiere necesidad de tachar, enmendar o entrerrenglonar el testamento, deberá salvarse por el testador al final del acto y bajo su firma. La omisión de esta formalidad sólo afecta la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entrerrenglonadas, pero no al testamento mismo. Deberá llevar la huella digital del testador, en cada ejemplar y contener expresamente el día, mes y año en que se otorgue.

El original deberá colocarse dentro de un sobre cerrado y lacrado, pues su contenido es secreto, y debe depositarse en el Archivo General de Notarías y el duplicado, también en un sobre lacrado y cerrado, tendrá la nota en la cubierta y será devuelto al testador.

El depósito deberá hacerse personalmente por el testador, quien si no fuere conocido por el encargado del Archivo General de Notarías deberá presentar dos testigos de identificación. En el sobre que contenga el original, el testador debe poner de su puño y letra la siguiente leyenda: "dentro de este sobre se contiene mi testamento", y a continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el

depósito; esta constancia deberá estar firmada por el testador y por el encargado de la Oficina y en su caso, por los testigos de identificación.

En el sobre cerrado que contenga el duplicado del Testamento Ológrafo se asentará, por el encargado del Archivo General de Notarías una constancia en la forma siguiente: "recibí el pliego cerrado que el señor.....afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado". A continuación, se asentará el lugar y la fecha en que se extiende la constancia, que firmará el encargado de la Oficina y el testador, así como los testigos de identificación, en su caso.

Si el testador no puede hacer personalmente la entrega de su testamento, en las oficinas del Archivo General de Notarías, el encargado deberá concurrir al lugar a donde aquel se encuentre, para cumplir las formalidades del depósito.

Realizado el depósito, el encargado del Archivo General de Notarías tomará razón en el libro respectivo, a fin de que el testamento pueda ser localizado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad, hasta que se entregue al Juez competente o al mismo testador.

Al ser el testamento es un acto esencialmente revocable y libre, el testador puede, en cualquier momento, retirar el original del testamento ológrafo del citado Archivo, ya sea personalmente o por mandatario con poder especial y notarial, haciéndose constar la entrega en un acta que firmarán el interesado y el encargado del Archivo General de Notarías.

El juez ante quien se promueva un juicio sucesorio deberá pedir informe al Director del Registro acerca de sí en su Oficina se ha depositado algún testamento ológrafo, para que en su caso se lo remita. Además. La persona que conserve en su poder el duplicado, o la persona que tenga noticia de que el autor de una sucesión ha depositado testamento ológrafo, deberá comunicarlo al Juez competente, para que este lo pida.

Todo juez ante quien se tramite un juicio sucesorio pedirá informes al encargado del Archivo General de Notarías, a efecto de saber si se ha depositado o no un testamento ológrafo, a fin de que este Archivo remita el testamento. Una vez que se reciba el testamento por el Juez competente, este deberá examinar la cubierta que lo contiene, para cerciorarse de que no ha sido violada, citará a los testigos de identificación que residieren en el lugar, para que reconozcan sus firmas y las del testador, y en presencia del Ministerio Público y de las personas que se hubieren presentado y de los testigos, abrirá el sobre que contiene el testamento ológrafo. Si éste

llena los requisitos legales para que sea válido su otorgamiento, y se comprueba su autenticidad, lo declarará formal el Juez.

En caso de que el testamento original haya sido destruido o robado, el duplicado hará las veces de original, y se procederá a su apertura en los mismos términos que para la del original.

Por su carácter secreto, el encargado del Archivo General de Notarías no puede proporcionar ningún informe acerca del depósito de un testamento ológrafo, sino al mismo testador, o, a los jueces competentes que oficialmente se lo pidan, y a los notarios, cuando ante ellos se tramite alguna sucesión.

Será nulo el testamento ológrafo cuando se encuentre roto o abierto el sobre que lo contiene, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas, ya sea del original o del duplicado.

D.- TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.-

Es aquel, que se otorga ante notario público respecto de un inmueble destinado o que vaya destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o en cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en un acto posterior.

Valor.- Para que un inmueble pueda ser objeto de este testamento, su precio o el valor del avalúo no debe exceder del equivalente a veinticinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición. Pero si se trata de la regularización de un inmueble que lleven a cabo las dependencias y entidades antes mencionadas, no importa el precio o el valor.

Legatarios.- En el TPS, el testador no instituye herederos universales, sino que a diferencia de los otros testamentos, el de cujus instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, a menos que se designen sustitutos.

Representantes.- Si los legatarios instituidos son incapaces y no estuvieren sujetos a la patria potestad o tutela, el testador podrá designar un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces.

Uno o varios adquirentes.- Si hubiere varios adquirentes del mismo inmueble, cada propietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción.

Obligación de proporcionar alimentos.- Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno ó más legatarios en el mismo instrumento notarial

por la porción que le corresponda. Caso en el cual no se aplica lo dispuesto por el art. 1296 del Código Civil.

Los legatarios instituidos quedaran obligados a dar alimentos a los acreedores alimentarios, en caso de haber, en la proporción que represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes de la sucesión.

Fallecimiento.- Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 1713 y 1770 del Código Civil.

Cuando fallezca el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos de lo dispuesto por el artículo 876-bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

2.- TESTAMENTOS ESPECIALES.

Estos testamentos se otorgan en circunstancias excepcionales y debido a ellas no es posible otorgarlo en alguna de las formas ordinarias.

Para que los testamentos especiales sean válidos, el primer requisito consiste en que se haya otorgado en alguno de los supuestos taxativamente enumerados por el legislador.

A.- TESTAMENTO PRIVADO .-

En su otorgamiento no interviene ningún fedatario público, sino sólo testigos.

"El testamento privado está permitido en los casos siguientes:

I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave, que no dé tiempo para que concurra el Notario a hacer el testamento;

II.- Cuando no exista notario en la población, o Juez que actúe por receptoría;

III.- Cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible o por lo menos muy difícil que concurren al otorgamiento del testamento;

IV.- Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra..."¹³

Para que pueda otorgarse un testamento privado es necesario que el testador no pueda otorgar testamento ológrafo.

El testador declarará su última voluntad en presencia de cinco testigos idóneos, es decir que no tengan impedimento legal par serlo, y lo escribirá; pero si no pudiese hacerlo, uno de los testigos redactará por escrito el testamento.

¹³ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El Patrimonio, pecunario y moral o derechos de la personalidad, de. José M. Cajica Jr. S.A. Puebla, México, p. 562

En casos de extrema urgencia y cuando ninguno de los testigos sepa escribir, no será necesario redactar por escrito el testamento y se requieren solo tres testigos idóneos.

En el testamento privado existe la necesidad de observar, en esencia, las formalidades del testamento público abierto, como son; la expresión clara y terminante de la voluntad del testador, si lo escribe uno de los testigos, el testador deberá expresar su conformidad con la lectura que se le dé a lo escrito; si la expresare y pudiere, deberá firmar lo escrito, en unión de los testigos, y deberá asentarse el lugar, día, y hora de otorgamiento; la imposibilidad de firmar del testador o de los testigos, se suplirá en la forma prevista para el testamento público abierto. El testador sordo, pero que sepa leer, deberá leer el escrito personalmente; en caso de que no supiere leer, lo leerá otra persona designada por él; si el testador fuere ciego, se dará lectura al testamento dos veces, y al efecto designará dos testigos que lo hagan o un testigo y otra persona de su confianza. Si el testador ignorare el idioma, si pudiere, escribirá de su puño y letra el testamento, el que será traducido por dos intérpretes, y la traducción será la que se insertará en el testamento, además de las otras menciones que señala la ley, pero el original se agregará al testamento; si el testador no puede o no sabe escribir, lo escribirá uno de los intérpretes y éste será el testamento que se redacte, con las demás formalidades; si el testador no supiere o no pudiere leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes, y traducido por los dos, se insertará en el testamento.

El testamento privado sólo surtirá efectos si el testador fallece de la enfermedad o del peligro en que se hallaba al otorgar el testamento, o dentro de un mes de que hubieren desaparecido la causa que motivó su otorgamiento.

Para que surta efectos el testamento privado es necesario que se declare que es válido, por la autoridad judicial.

Los interesados son quienes deben solicitar a el Juez su validez, quien señalará audiencia, con citación del Agente del Ministerio Público y recibirá la información de los testigos, respecto del lugar, hora, mes y año del otorgamiento; si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador, el tenor de la disposición; si el testador estaba en su cabal juicio y libre de coacción; el motivo por el cual tuvo que otorgarse testamento privado y si saben que el testador falleció del peligro o de la enfermedad que lo obligó a testar. Si los testigos fueren idóneos y estuvieron conformes con todas las circunstancias que antes expresaron, el Juez declarará que sus dichos son el testamento formal de la persona que lo otorgó.

Si después de la muerte del testador falleciere alguno o algunos de los testigos, las diligencias se realizarán con los testigos restantes; pero en todo caso deben ser a lo menos tres; si hubiere menor número, no será posible hacer la declaración de ser formal, y además, estos deberán ser contestes y sin impedimentos.

B.- TESTAMENTO MILITAR.-

Sólo puede otorgarse en los casos expresamente permitidos por la ley, y que son:

- 1.- los militares que vayan a entrar en campaña;
- 2.- los militares heridos en el campo de batalla;
- 3.- los prisioneros de guerra.

En este testamento basta que el testador declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a estos el pliego que contenga su última voluntad, firmada de su puño y letra.

El testamento militar, otorgado por escrito, una vez fallecido el testador, deberá entregarse al jefe de la corporación, quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa, y esta lo turnará a la autoridad judicial competente.

Si el testamento fue oral, los testigos lo harán del conocimiento del jefe de la corporación, quien dará parte a la Secretaría de la Defensa Nacional, y esta a la autoridad judicial competente, la que procederá, en igual forma que si se tratara de testamento privado.

Sólo surtirá efectos si el testador fallece en la acción de guerra que motivó su otorgamiento, o de la herida que recibió, o dentro del mes en que hayan desaparecido las circunstancias que lo motivaron.

C.- TESTAMENTO MARITIMO.-

Pueden otorgar testamento marítimo aquellas personas que se encuentren en alta mar, o bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra o sea mercantes.

Deberá otorgarse por escrito y por duplicado, en presencia de dos testigos y del Capitán del Navío; observándose respecto a la fecha, firma y lectura, las reglas del testamento público abierto, y estará firmado por el Capitán y por dos testigos.

Si el Capitán fuere el que quisiere otorgar testamento, hará sus veces el que deba sucederle a bordo.

El testamento deberá conservarse entre los papeles más importantes de la embarcación, y se hará mención de su otorgamiento en el diario de navegación con la finalidad de darle fecha cierta.

En cuanto arribe la embarcación a puerto mexicano, entregará los dos ejemplares a la autoridad marítima del puerto, fechados y sellados, con una copia del asiento del Diario de Navegación.

Si el arribo fuera en un puerto extranjero, en donde existiere agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, el Capitán depositará uno de los ejemplares, fechado y sellado con una copia del asiento del Diario de Navegación. Posteriormente, al llegar a un

puerto nacional, entregará el otro ejemplar a la autoridad marítima, sellado y fechado, con la copia de asiento del Diario de Navegación.

El Capitán deberá exigir el recibo de entrega del ejemplar del testamento y lo citará en el Diario de Navegación.

Los diplomáticos mexicanos que reciban el ejemplar del testamento marítimo, o las autoridades marítimas mexicanas a quienes se les entreguen uno o los dos ejemplares, a la mayor brevedad, deberán remitirlas al Ministerio de Relaciones Exteriores, quien mandará publicar en la prensa la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

El testamento marítimo sólo surtirá sus efectos si el testador falleciere en el mar o dentro de un mes contado desde el embarque en algún lugar que conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar y otorgar otro nuevo.

D.- TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO.-

Existen dos supuestos:

- 1).- Otorgado en país extranjero bajo sus leyes;
- 2).- Que se haga con leyes mexicanas, frente a una autoridad mexicana (cónsul, vicecónsul, etc.)

Los testamentos hechos en país extranjero surtirán sus efectos en el Distrito Federal, cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país que se otorgaron.

Los Secretarios de Legación, Cónsules y Vicecónsules funcionarán como notarios o como receptores de los testamentos de los países en el extranjero en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal.

Estos funcionarios tienen la obligación de remitir al Ministerio de Relaciones Exteriores, copia autorizada de los testamentos que ante ellos se otorguen.

Si el testamento otorgado fue ológrafo el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días al encargado del Archivo General de Notarías.

En el caso de que el testamento hubiese sido confiado a la guarda del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, este hará mención de esa circunstancia y dará recibo de la entrega.

El papel en el que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares llevará el sello de la legación o consulado correspondiente.

II.4.- CAPACIDAD PARA HACER TESTAMENTO.-

La regla en materia civil para determinar la capacidad de las personas se rige por los artículos 450 y 1798 del Código Civil.

Artículo 450.- “tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.”

Artículo 1798.- “Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley”.

Aplicando dicha regla a la materia sucesoria encontramos que todas las personas son capaces para hacer testamento, siendo incapaces las que la ley exceptúa.

Los artículos 1305, 1306 y 1307 hablan de la capacidad para hacer testamento.

Artículo 1305.- “Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho”.

Artículo 1306.- “Están incapacitados para testar:

I.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio”.

Artículo 1307.- “Es válido el testamento hecho por un demente con intervalo de lucidez...”

II.5.- CAPACIDAD PARA HEREDAR.-

Tienen capacidad para heredar todas las personas sin importar su edad, esta capacidad para heredar no puede ser privada de modo absoluto, sin embargo el Código Civil menciona seis causas por las cuales se puede perder esta capacidad de heredar. Estas causas son las siguientes:

- 1.- Por falta de personalidad,
- 2.- Por delito,
- 3.- Por presunción contraria a la libertad del testador o a la verdad e integridad del testamento,
- 4.- Por falta de reciprocidad internacional,

5.-Por utilidad pública,

6.- Por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

1.- Incapacidad por falta de personalidad.- Son incapaces de heredar por falta de personalidad los que al momento del fallecimiento del autor de la herencia no estén concebidos o que concebidos no sean vivos ni viables. Para los efectos del Código Civil se entiende que un niño ha nacido cuando habiéndose desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas, ó es presentado vivo al Registro Civil. Sin embargo son válidas las disposiciones hechas en favor de los hijos que nacieren de ciertas o determinadas personas durante la vida del testador.

También son incapaces para heredar por falta de personalidad los que hubiesen fallecido con anterioridad al autor de la herencia.

2.- Incapacidad por presunción de influjo contrario a la libertad del testador.- Por presunción de influjo contrario a la libertad del testador son incapaces de heredar:

1.- El médico que haya asistido al testador en su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria, así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del médico, a menos que los herederos instituidos sean también herederos legítimos.

2.- Los ministros de culto de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

3.- Los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos de los ministros de culto que hayan prestado cualquier clase de auxilio espiritual durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales, así como la asociación religiosa a la que pertenezcan dichos ministros.

4.- Los tutores y curadores excepto que hubiesen sido instituidos antes de su nombramiento o después de que haya desaparecido la causa de incapacidad y le hayan sido aprobadas las cuentas de su gestión.

3.- Incapacidad por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento.- Por influjo contrario a la verdad e integridad del testamento son incapaces de heredar el notario y los testigos que hayan intervenido en su realización, así como el cónyuge, los ascendientes, descendientes y hermanos de dichas personas.

4.- Incapacidad por falta de reciprocidad internacional.- Son incapaces de heredar por falta de reciprocidad internacional tanto en la sucesión intestamentaria como en la testamentaria, los extranjeros que según las leyes de sus respectivos países prohíban dejar por ley o por testamento sus bienes a mexicanos.

5.- Incapacidad por utilidad pública.- La herencia o legado que se deje a un establecimiento público, bajo condición o imponiéndole algún gravamen, sólo serán válidos si el gobierno los aprueba.

6.- Incapacidad sobrevenida.- Aquellas personas que habiendo sido nombradas como tutores, curadores o albaceas, renuncien sin justa

causa al cargo o bien que hayan sido separados judicialmente del cargo por mala conducta. La incapacidad se juzga al momento del fallecimiento del autor de la herencia sin embargo esta incapacidad se sobrevinida a dicho fallecimiento. Esta incapacidad es una condición resolutoria que impone la ley. Si el albacea renuncia sin causa o sin justa causa si el autor de la herencia lo que le dejó era con motivo de remunerarlo por el desempeño del cargo, perderá lo que le hubiese dejado el testador.

7.- Incapacidad por causa de delito o indignidades.- Una persona es indigna para heredar cuando es excluido de la sucesión de aquél al cual fue indigno, cuando la ley considera que ha cometido actos de tal carácter que afecten la situación moral o personal del afectado.

El artículo 1316 regula las incapacidades por causa de delito y son las siguientes:

El padre y la madre son indignos para heredar del hijo expuesto. También los padres que abandonen a sus hijos, los prostituyeren o atentaren a su pudor.

Los descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos del de cujus en el caso de que lo hubieran acusado a él o a sus ascendientes descendientes, cónyuge, o hermanos de delitos que merezcan pena capital o de prisión, aún cuando dicha acusación haya sido fundada. Esta misma indignidad se aplica a las personas que hubieren presentado la acusación si esta es calumniosa. Esta

indignidad no es aplicable cuando al acusador le fuere indispensable presentar esta acusación para salvar su vida o su honra, o la de sus ascendientes descendientes, cónyuge o hermanos.

Es indigno de heredar de la sucesión del cónyuge, el cónyuge que haya sido declarado adúltero, el coautor del adulterio también es indigno de heredar de la sucesión del cónyuge inocente.

Los parientes son indignos de heredar, cuando habiendo tenido la obligación de darle alimentos al autor de la herencia, no hubieren cumplido dicha obligación. También si el de cujus se hubiese encontrado imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se hubieren encargado de él, ni tampoco lo internaron en un establecimiento de beneficencia.

Es indigno de heredar aquel que haya cometido algún delito contra el de cujus, sus hijos, cónyuge, hermanos y ascendientes, por el cual haya sido condenado, o merezca pena de prisión. En caso de que el autor de los hechos ilícitos falleciere durante el procedimiento o prescribiere la acción penal, no sería indigno y, por tanto será apto para heredar.

Es indigno de heredar el que de acuerdo al código penal fuere culpable de supresión, sustitución o suposición del infante, siendo en este caso indigno tanto en la herencia que debiera corresponder a

dicho infante, como a las personas a quienes haya perjudicado o intentado perjudicar con sus actos.

El que haya condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte al autor de la herencia o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de él.

También son indignos, aquellos que hayan atacado la libertad del autor de la herencia ya sea que por violencia, dolo o fraude, provoquen que el autor de la herencia, haga, deje o revoque su testamento.

No puede heredar el que se rehusa sin causa a desempeñar la tutela legítima, respecta del incapaz del que no fuere tutor.

No puede heredar ni el que haga el reconocimiento, ni sus descendientes, si el reconocimiento fue motivado por la buena fortuna del reconocido.

8.-Rehabilitación del indigno.- El autor de la herencia puede rehabilitar al indigno mediante el perdón, el cual debe constar de manera fehaciente. En una sucesión intestamentaria el perdón debe otorgarse mediante una declaración auténtica o por hechos indubitables, hechos que no dejen lugar a duda la intención de perdonar. Si los descendientes del indigno fueran los llamados a la herencia la pena no trascenderá a ellos. El indigno padre de los herederos del de cujus,

no podrán gozar del usufructo, ni podrán tener la administración que la ley confiere a los que ejercen la patria potestad. En la sucesión testamentaria el perdón operará solo si después de conocido el agravio el autor de la herencia instituye como heredero al ofensor mediante un testamento, o mediante uno nuevo en caso de ya existir uno previo. El perdón o rehabilitación del indigno, una vez otorgado, es irrevocable.

9.- Momento en que debe juzgarse la capacidad del heredero.- La capacidad del heredero debe juzgarse al momento de la muerte del autor de la herencia.

Si la incapacidad es sobrevenida (renuncia o remoción de tutores, curadores o albacea que hayan sido nombrados en el testamento), no son causas que surtan sus efectos después de la muerte del autor de la herencia, sino que el carácter de heredero o legatario está sujeto a una condición resolutoria legal, que en caso de actualizarse se destruirá retroactivamente todo lo acontecido, como si nada hubiese pasado. Si la institución fuere condicional, se necesitará además que el heredero sea capaz al tiempo en que se cumpla la condición.

10.- Efectos de las incapacidades e indignidades.- Las incapacidades no operan de pleno derecho, no producen sus efectos por sí mismas, sino que producen su efecto hasta que son declaradas en juicio a

petición de algún interesado, no pudiendo promoverla de oficio el juez.

La acción que se origina por una incapacidad establecida en vista del interés público es imprescriptible, la acción generada por una incapacidad que no está establecida en vista del interés público prescribe en tres años, contados a partir de la fecha en que el incapaz esté en posesión de los bienes hereditarios.

La incapacidad una vez que ha sido declarada, tiene efectos retroactivos, pero se establece la debida reserva en favor de terceros de buena fe, por razones de seguridad jurídica en el tráfico de bienes, pero quedando el heredero declarado incapaz obligado a resarcir al verdadero heredero de los daños y perjuicios que le resultasen. El heredero que es declarado incapaz, además de perder el derecho a heredar no transmite ningún derecho a sus herederos, ya que en realidad no adquirió ningún derecho. El indigno además de perder el derecho a heredar pierden el derecho a recibir alimentos sucesorios. Los deudores hereditarios, que sean demandados requiriéndoseles el cumplimiento de su obligación, y no siendo al mismo tiempo herederos, no podrán negarse al cumplimiento, oponiendo como excepción la de la incapacidad de los herederos designados.

CAPITULO TERCERO: HEREDEROS, LEGATARIOS Y ALBACEA.

I.- INSTITUCION HEREDITARIA.-

1.1.- CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y SU DISTINCIÓN CON EL LEGATARIO.

Es importante saber en que consiste la calidad de heredero o legatario en un testamento porque según la calidad que se tenga se producirán los efectos y las consecuencias jurídicas del testamento.

En un principio, en el Derecho Romano, no importaba la calidad o la manera de suceder al de cujus. Lo fundamental en los testamentos del Derecho Romano, era que tuvieran el nombramiento del heredero, ya que no se concebía un testamento sin la institución del mismo. Este nombramiento era esencial para la subsistencia del testamento. Actualmente en nuestra legislación puede existir un testamento sin institución de heredero, ya que la esencia del mismo, radica en la forma de heredar no en el nombramiento.

El heredero, ADQUIERE a TITULO UNIVERSAL y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda. (art. 1284 del Cód. Civ.). "Es propiamente el sucesor del "De cuius", sustituto en la titularidad de su patrimonio".¹⁴

El legatario, ADQUIERE a TITULO PARTICULAR y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria con sus herederos. (Art. 1285. Cód. Civ.).

El heredero es quien sucede al autor de la herencia y entra en su lugar, se vincula en las relaciones que tenía el de cuius, es el principal obligado al pago de las deudas que tenía el autor de la herencia, el legatario solo estará obligado de manera subsidiaria.

"la clasificación de heredero y legatario no se hace por la cantidad de bienes que cada uno recibe, sino por el MODO como es llamado a gozar y recoger..."¹⁵

Solamente se convertirá el legatario en el continuador del patrimonio del de cuius en el caso en que toda la herencia se distribuyera en legados, supuesto en el cual en legatario se

¹⁴ ARCE Y CERVANTES, op. cit. p. 65

¹⁵ DE IBARROLA, Antonio, op. cit. p.659

considerará como heredero. (art. 1286 del Cód. Civ.), esto es porque no podría dejarse el pasivo sin bienes con que responder.

El heredero puede ser instituido en un testamento o fuera de el, es decir puede existir ya sea en una sucesión testamentaria o en una intestamentaria. En cambio el legatario es una institución privativa del testamento. La institución de heredero no es un requisito esencial del testamento, este será válido aunque no contenga institución de heredero, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

El heredero tiene la representación jurídica del patrimonio del testador, el legatario en cambio no la tiene. El heredero en virtud de una disposición a título universal adquiere ya sea la totalidad o una parte alícuota de los bienes del de cujus y responde por regla general de las deudas de la herencia, adquiere activo y pasivo, el legatario adquiere por medio de una disposición a título particular un bien determinado o determinable y no responde de las cargas de la herencia ni continúa en el patrimonio del autor de la herencia.

El heredero debe ser designado por su nombre y apellidos, si hubiere varios con el mismo nombre y apellidos, se deben agregar otros nombres y circunstancias que los distingan. En caso de que se omita el nombre, no se anula la institución, siempre y cuando de otro modo se pueda saber ciertamente quien es la persona instituída.

La institución de heredero es ineficaz sino puede conocerse a que persona se quiso nombrar, "se exige que al o los herederos designados se les identifique en forma indubitable, esto es que no haya duda a quien se refirió el testador..."¹⁶

La designación del heredero debe hacerla el testador y no puede quedar al arbitrio de un tercero. Cuando el testador no indique que parte le corresponde a cada uno de los herederos instituidos, heredarán por partes iguales. El heredero instituido en cosa cierta y determinada se considera como legatario. La institución de heredero puede hacerse de forma individual o colectiva.

I.2.- MODALIDADES DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.- El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes. Las modalidades que se pueden establecer en cuanto a la institución del heredero son: condición, causa y modo. La designación de heredero no puede estar sujeta a término, es decir, no se puede establecer un día en que deba comenzar o cesar los efectos de la institución.

a).- Condición: "la institución de heredero o legatario se llama condicional, cuando sus efectos se encuentran subordinados a la realización o no de un acontecimiento futuro e incierto..."¹⁷

¹⁶ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, op. cit. p. 570

¹⁷ DE PIÑA, Rafael, op. cit., p. 302

En caso de que el heredero o legatario no cumplan con la condición impuesta, no los perjudicará siempre y cuando hayan empleado todos los medios necesarios para cumplir la misma.

De la realización de la condición suspensiva depende la adquisición del derecho a la herencia o al legado, y la realización de la condición resolutoria produce su extinción.

La condición ya sea suspensiva o resolutoria debe ser lícita y posible física y jurídicamente. Si es ilícita o imposible la condición será nula la institución del heredero o legatario.

La condición puede además de suspensiva y resolutoria, ser potestativa (depende de la voluntad del heredero o legatario), causal (dependen del acaso) o mixta (dependen tanto de la voluntad del heredero y legatario como del azar).

b).- Causa: Si la causa en virtud de la cual se hizo una disposición testamentaria ya sea a título universal o a título particular resulta errónea, esta disposición no tendrá ningún efecto. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no puesta.

c).- Modo: "es una disposición agregada a una institución de heredero o a un legado por la cual el testador ordena una carga o gravamen o impone un fin, objeto de destino o aplicación a toda o

parte de la herencia o legado, y que implica para el heredero o legatario una obligación de dar, hacer, o no hacer, pero sin que atribuya a otro un derecho subjetivo, pues nadie más puede exigir para sí la prestación..."¹⁸

I.3.- SUSTITUCIONES.- "La palabra sustitución viene del latín "sub" e "instituto", institución que está debajo de otra y subordinada a ella. Jurídicamente es la designación de una persona (o de varias) para que reciban la herencia (o legado) a falta o después del primer llamado"¹⁹

El testador puede sustituir al heredero instituido, para el caso de que mueran antes que el, que no puedan o no quieran aceptar la herencia. Los herederos sustitutos pueden ser nombrados conjunta o sucesivamente y reciben la herencia con los mismos gravámenes o condiciones impuestas al heredero.

I.4.- DERECHO DE ACRECER.- Sólo existe si así lo dispuso el testador, consiste en que un heredero o legatario podrá recibir la porción vacante del otro heredero o legatario designado.

El actual Código Civil solamente hace mención en el artículo relativo al TPS, sin embargo los Códigos Civiles de 1870 y 1884 lo

¹⁸ ROCCA, Satre, Notas de Adaptación del Derecho de Sucesiones de Kipp que forma parte del Tratado de Derecho Civil, redactado por este autor con la colaboración de Ennecerus y Wolf, tomo V, vol II, citado por Rafael de Piña, op. cit. p. 306

¹⁹ ARCE Y CERVANTE, José , op. cit. p. 84

establecían expresamente en sus artículos 3914 y 3653 respectivamente "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.

II.- ANALISIS DEL LEGADO.-

2.1. INSTITUCION DE LEGATARIO.-

El legado se entiende en dos aspectos: como el acto mismo de la transmisión a título particular de un bien o de un derecho o como el objeto mismo transmitido.

El legado, como ya lo habíamos mencionado, "consiste en una transmisión a título particular y gratuito, de un bien concreto y determinado o determinable, o en un hecho o servicio, en favor del legatario, y que puede gravar a la sucesión, a un heredero o a un legatario...."²⁰

Es una disposición mortis causa, a título singular. Ruggiero la define: "como una disposición distributiva de un derecho particular a cargo de la herencia, con ánimo de beneficiar..."²¹

²⁰ AGUILAR Y CARBAJAL, Leopoldo, op. cit. p. 320

²¹ RUGGIERO, Roberto de, Instituciones de Derecho Civil, traducción de Ramón Serrano Suñer., de. Reus, Madrid 1951, tomo II, vol Y, p. 503, citado por José Arce Cervantes.

La intención del testador es transmitir a una persona llamada legatario un derecho o una cosa específica sin instituirlo como heredero, ya sea como consecuencia de una liberalidad o de dar cumplimiento a una obligación.

El legado se instituye siempre por testamento y es una disposición testamentaria a diferencia de la herencia la cual puede transmitirse ya sea testamento o por disposición de la ley. El legado puede consistir en la prestación de una cosa (legado de dar) o de un servicio (legado de hacer), a cargo de un heredero, de un legatario o de la masa hereditaria.

El legatario no continúa las relaciones patrimoniales del testador, (es el heredero quien tiene la representación jurídico patrimonial), ni tampoco, por regla general, responde de las deudas hereditarias, sólo de manera excepcional y subsidiaria responderá de las cargas (cuando toda la herencia se distribuya en legados y cuando los bienes de la herencia no alcancen a cubrir el pasivo).

El legatario adquiere un bien particular no la totalidad de la herencia ni una parte alícuota de la misma.

Pueden ser objeto de legado todas las cosas susceptibles de propiedad particular y transmisibles, debe existir en la naturaleza, en el comercio y ser determinada o susceptible de determinación.

El legatario puede ser gravado por el testador no obstante que el legado sea a título gratuito, siempre y cuando la carga o gravamen sea de menor valor que el bien legado.

Cuando no hay disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las reglas de los herederos.

La cosa legada debe ser entregada con todos sus accesorios y en el estado que se encuentre al momento del fallecimiento del testador. Los gastos necesarios para la entrega del legado son por cuentas del mismo legatario, salvo disposición en contrario. El legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar otra. En el caso de que el legatario muera antes de aceptar el legado y dejare varios herederos, puede uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda a cada uno del legado. El heredero que sea al mismo tiempo legatario puede renunciar a la herencia y repudiar al legado, o viceversa. Cuando se legue una cosa con todo lo que comprenda, no se entenderán legados los documentos justificantes de la propiedad, ni los créditos activos, a no ser que se hayan mencionado específicamente. El legado del menaje de una casa sólo comprende los bienes muebles a que se refiere el art. 761 del Código Civil. ("Cuando se use de las palabras muebles o bienes muebles de una casa, se comprenderán los que formen el ajuar y utensilios de ésta y que sirven exclusiva y propiamente para el uso y trato ordinario de una familia, según las circunstancias de las personas que la integren").

La facultad de aceptar el legado se transmite a los herederos quienes pueden aceptar o repudiar el legado, el legatario puede aceptar o repudiar los legados de la misma naturaleza, pero no puede aceptar el gratuito y repudiar el oneroso, si el legatario es también heredero, puede repudiar la herencia y aceptar el legado, o viceversa; que el legatario acepte un legado con cargas, debe efectuar el hecho a que se obliga; que si el legatario ejecutó la carga y no recibe el legado, se reducirá a aquélla proporcionalmente, pero si pierde el bien por evicción, puede repartir lo que pagó.

2.2.- TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD.- Como ya se ha mencionado con anterioridad, el legatario adquiere derecho al legado desde el momento de la muerte del testador. Y la transmisión se dá de acuerdo a la clase de bien que se trate. Si el legado es de cosa específicamente determinada, la transmisión se efectúa desde momento mismo de la muerte del testador; si es de un bien genéricamente determinado, pero susceptible de determinación, la transmisión se efectuará en el momento en que se determine el bien; siguiéndose en materia de riesgos las reglas que se que se aplican en la teoría general de las obligaciones.

2.3.- MODALIDADES DE LOS LEGADOS.- Los legados pueden tener las siguientes modalidades:

I.- Legado Puro y Simple.

II.- Legado Condicionales Sujeto a Término, ya sea suspensivo o extintivo;

- Sujeto a condición, tanto suspensiva como resolutoria;
- Onerosos, el legatario está obligado a liberar una carga de monto inferior al valor del legado;
- Alternativos, cuando el legatario puede escoger una cosa entre varias señaladas por el testador.

2.4.- NULIDAD Y CADUCIDAD DE LOS LEGADOS.-

el legado será NULO en los siguientes casos:

- a) cuando existe un legado de cosa específicamente determinada y no existe en la herencia;
- b) cuando el legado recae en cosa ajena;
- c) cuando el objeto es un inmueble indeterminado, correspondiente a un género que no existe en la herencia;
- d) cuando tiene por objeto una cosa que es propiedad del legatario

el legado CADUCIRA por los siguientes motivos.-

Antes del fallecimiento del testador:

- a) cuando perece la cosa objeto del legado;
- b) cuando la cosa se pierde por evicción;
- c) cuando el testador en vida enajena la cosa

Después del fallecimiento:

- a) cuando la cosa objeto del legado perece por caso fortuito;
- b) cuando se pierde en virtud de la acción de evicción, ejercitada por el dueño.

2.5 PRELACIÓN DE LOS LEGADOS.- Si los bienes de la herencia no alcanzan para pagar todos los legados instituidos por el testador estos se pagarán en un orden de prelación.

El pago de los legados se hace conforme al siguiente orden:
(art. 1414 Cód. Civ.)

- 1.- legados remuneratorios;
- 2.- legados que el testador o la ley hayan declarado preferentes;
- 3.- legado de cosa cierta y determinada;
- 4.- legados de alimentos o de educación;
- 5.- los demás a prorrata.

2.6.- FORMAS DE LOS LEGADOS:

1.- Legado alternativo (art. 1421 del Cód. Civ.)- Este legado consiste en que el legatario tendrá derecho a elegir de entre una o dos cosas de las indicadas por el testador. La regla es que el heredero sea quien haga la elección, a menos que el expresamente le reserve esa facultad al legatario. Se rige por las disposiciones establecidas por el Cód. Civ. para las obligaciones alternativas.

2.- Legado de cosa ajena (art. 1432 Cód. Civ.). - La enajenación de cosa ajena está sancionada con la nulidad en la teoría general de las obligaciones, sin embargo, en materia de sucesiones, el testador puede legar una cosa ajena, siempre y cuando el testador sepa que lo era, el heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al

legatario o dar a este su precio. Será nulo el legado si el testador no sabía que la cosa legada era ajena pero si la adquiere después de que otorgó el testamento es válido. Es nulo también el legado cuando al momento de otorgarse el testamento el bien pertenezca al legatario y si después de otorgado el testamento el legatario adquiere la cosa, se entenderá legado su precio. En el caso de que la cosa legada no pertenezca íntegramente al testador, sólo se entiende legada la parte que correspondiente.

3.- Legado de cosa propia del heredero o legatario a favor de un tercero (art. 1439 Cód. Civ.).- Para que sea válido este legado se requiere que el heredero o legatario acepten la herencia o el legado. Este legado será nulo si el testador ignora que la cosa es del heredero o legatario.

4.- Legado de cosa propia del testador (art. 1429 Cód. Civ.).- Para su validez se requiere que se determine en especie y que exista en la herencia; si no existe en la misma será nulo. El legatario adquiere la propiedad y posesión, frutos (salvo disposición expresa en contrario), desde el momento de la muerte del testador y los riesgos corren a cargo del legatario. Es nulo el legado si el bien es enajenado, perece, o se pierde por evicción. Es válido el legado de la cosa mueble indeterminada, pero comprendida dentro de un género determinado, aun cuando en la herencia no exista ese género; si se trata de un bien inmueble, será válido el legado si existen en la herencia varias cosas de éste género.

5.- Legado de prenda (art. 1441 Cód. Civ.).- Consiste en devolver una cosa recibida en prenda, o un título constitutivo de una hipoteca. Este legado solo extingue el derecho prenda, pero no la deuda, a menos que el testador expresamente así lo establezca. Las mismas reglas se siguen en el caso de fianza.

La herencia tiene a su cargo el deber de desgravar la cosa legada dada en prenda a menos que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa. El objeto puede darse en prenda antes o después de otorgado el testamento.

Si el legatario paga la deuda, se subroga en el lugar y derechos del acreedor.

6.- Legado de deuda (1444 Cód. Civ.).- Si el testador perdona la deuda al que está obligado a pagarlo, lo libera de toda responsabilidad y la persona que debe cumplir el legado queda obligado a dar al deudor constancia de pago. Comprende los intereses adeudados a la muerte del testado. Es válido el legado aun cuando el testador haya demandado judicialmente al deudor y si no se efectuó el pago.

7.- Legado del título (1451 y 1452 Cód. Civ.).- Si el testador lega un título, (escritura pública o contrato privado), relacionado con una deuda, se entiende legada la deuda.

8.- Legado al acreedor (art. 1447 Cód. Civ.).- Si el testador instituye legatario a su acreedor no se compensa con el crédito existente entre el acreedor-legatario y deudor-testador a menos que así se exprese en el testamento. En el supuesto de que fuere compensable el crédito, el acreedor tendrá derecho a exigir la diferencia. También comprende los intereses.

9.- Legado preferente (art. 1448 Cód. Civ.).- Por medio de este legado el testador mejora la condición de su acreedor, por ejemplo haciendo puro el crédito sujeto a condición, hipotecario el simple, exigible el sujeto a plazo, siempre y cuando no perjudique los derechos de los demás acreedores. Si un crédito únicamente consta en testamento se considerará preferente.

10.- Legado de crédito (art. 1449 Cód. Civ.).- El testador lega un crédito que tiene a favor a otra persona. Sólo surte efectos sobre la parte insoluta del crédito al momento de abrirse la sucesión del testador.

11.- Legado genérico de liberación o perdón de deudas (art. 1454 Cód. Civ.).- Comprende sólo las deudas existentes en el momento de otorgarse el testamento, no las posteriores.

12.- Legado de mueble indeterminado pero comprendido en un género determinado (art. 1455 Cód. Civ.).- Es exigible aunque en la herencia no exista ningún bien del género al que pertenece la cosa legada. La persona gravada con este legado tiene el derecho de

elegir el objeto dentro de los comprendidos en la masa hereditaria, y cumple con entregar al legatario uno de mediana calidad, y en el caso de que en la herencia no exista el bien, la persona gravada cumple su obligación con entregar al legatario uno que compre de mediana calidad y abonar el precio al legatario, según convenio o a juicio de peritos. El legatario tendrá derecho a elegir el bien de mejor calidad, sólo si el testador le concede expresamente ese derecho y si en la herencia hubiere varios objetos del mismo género; en caso contrario puede exigir una cosa de calidad media o su precio.

13.- Legado de un inmueble indeterminado (art. 1456 y 1457 Cód. Civ.).- Es válido este legado si en la herencia hay varios inmuebles del mismo género.

14.- Legado de especie (1460 Cód. Civ.).- El objeto legado está específicamente determinado. Quien esté gravado con este legado debe entregarlo sin embargo.

15.- Legado de dinero (art. 1461 Cód. Civ.).- Se paga en especie el objeto legado y si no hay dinero se paga con el producto de la venta de los bienes de la herencia.

16.- Legado de cosa o cantidad depositada en el lugar que designa el testador (art. 1462 Cód. Civ.).- Subsiste en la parte que se encuentra en el lugar señalado por el testador.

17.- Legado de alimentos (1463 Cód. Civ.)- Consiste en una pensión que se le dará al legatario durante su vida.

18.- Legado de educación (art. 1467 Cód. Civ.)- Consiste en una suma de dinero que se le dará al legatario para su educación.

19.- Legado de usufructo, uso, habitación o servidumbre (1469 Cód. Civ.)- Al ser derechos personales se extinguen con la muerte del legatario.

20.- Legado de cosa gravada (art. 1471 Cód. Civ.)- Si el objeto legado esta sujeto a usufructo, uso o habitación, el legatario está obligado a respetarlos hasta que se extingan legalmente.

2.7.- PAGO DE DEUDAS Y DE LEGADOS.- Según lo dispuesto en el artículo 1763 del Código Civil, el albacea, no podrá pagar los legados sin haber cubierto o asignado bienes bastantes para pagar las deudas, conservando en los respectivos bienes los gravámenes especiales que tengan; por lo tanto las deudas son preferentes a los legados, es decir primero es pagar antes que heredar.

Si los legados son pagados antes que las deudas, los acreedores que se presenten después, sólo tienen acción contra los legatarios cuando en la herencia no existiera bienes suficientes para pagar sus créditos.

2.8.- LEGADOS CONSTITUTIVOS DE DERECHOS REALES Y PERSONALES.

Para que se puedan crear estos derechos se requiere: solvencia de la sucesión, que se acepte el legado, capacidad del testador, capacidad para heredar en el responsable del legado y capacidad y aceptación por parte del legatario titular del derecho real.

2.9.- EXTINCIÓN DE LOS LEGADOS.-

Los legados se extinguen ya sea por actos realizados por el testador o bien por el mismo legatario.

Por actos del testador se extingue un legado cuando el autor del legado lo revoca expresa, (manifestando su voluntad de revocarlo) o tácitamente (cuando el cambia de forma la cosa legada, o bien la enajena o instituye legatario de ese bien a otra persona posteriormente).

Por actos del legatario se extingue el legado cuando lo repudia, lo pierde por incapacidad para heredar; cuando no realiza la condición a la que estaba obligado o muere antes de que se realice la condición suspensiva, o cuando fallece antes que el testador.

También se extingue un legado por quedar fuera del comercio la cosa objeto del legado, por perecer esta después de la muerte del testador y cuando se pierde por evicción.

III.-ALBACEA.-

3.1.- CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ALBACEA.-

El albacea: "es la persona, nombrada por el testador, por los herederos o por el juez, que tiene como misión ejecutar y cumplir lo ordenado en el testamento, representar a la sucesión y administrar y liquidar el patrimonio del de cujus"²², "son las personas designadas por el testador para asegurar la ejecución y el cumplimiento de lo mandado por él. El Albacea es también un órgano representativo de la comunidad hereditaria"²³, "es el executor testamentario nombrado por el testador e impuesto a sus sucesores a fin de obtener una más segura más exacta y más diligente ejecución del testamento"²⁴

Existen varias teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del albacea. Algunos autores sostienen que el albacea es un curador ad bonorum, ya que se encarga de administrar los bienes que deja el autor de la herencia, sin embargo el albacea no tiene únicamente facultades de administración respecto del patrimonio del de cujus, sino que también tiene facultades de representación. Otros consideran que el albacea es un árbitro quien resuelve los problemas y discusiones que se susciten entre los herederos. El albacea puede servir de intermediario entre los herederos para

²² AGUILAR Y CARBAJAL, Leopoldo, op. cit. p.401

²³ DE IBARROLA, Antonio, op. cit. p. 867

²⁴ FASSI, Santiago, Tratado de los Testamentos, Argentina., vol 1, p 226

resolver sus diferencias, sin embargo sus decisiones o sugerencias no tienen la fuerza de la decisión de un árbitro, y el Código Civil no señala esta facultad como esencial del albacea. En la legislación procesal del juicio sucesorio se observa como el juez si tiene la facultad de resolver y decidir cuestiones litigiosas entre los herederos. Esta postura no toma en cuenta que el albacea tiene facultades administrativas y representativas, que si son esenciales a su naturaleza, y no la facultad de resolver las diferencias entre los herederos. Hay quienes sostienen que el albacea es un representante del autor de la herencia y de los herederos, esta postura trata de fundamentar las facultades representativas que tiene el albacea, sin embargo no puede existir legalmente una representación de una persona muerta, el mandato termina con la muerte, y en el caso del albaceazgo empezaría con la muerte. El albacea también representa a los herederos, ya que realiza ciertos actos como la tramitación del juicio sucesorio, administra los bienes, cumple obligaciones a cargo de la sucesión, todo en beneficio de los herederos, sin embargo esta representación no es total porque los actos principales del juicio, así como los de disposición y algunos de administración, deben ser aprobados por los herederos. Otros sostienen que es un mandato de condiciones particulares, un mandato póstumo, un mandato sin representación. También se considera al albacea como un auxiliar de la administración de justicia, ya que el patrimonio del de cuius es un patrimonio en liquidación, donde coinciden los intereses de los herederos, legatarios y los de los acreedores de la herencia.

Las anteriores posturas o teorías no son suficientes para explicar cual es la naturaleza jurídica del albacea, ya que todas las atribuciones y funciones del albacea no se explican por una solo de las teorías. Lo cierto es que el legislador le da una naturaleza jurídica propia, ya que el albacea es ejecutor de la voluntad del autor de la sucesión, representa a los herederos y legatarios para determinados fines, liquida el patrimonio para beneficio de los acreedores.

Para ser albacea se requiere tener la libre disposición de los bienes. La regla es que toda persona capaz pueda desempeñar este cargo, salvo el supuesto de que hubiera un único heredero, este fuera incapaz y fuere designado albacea, en cuyo caso el cargo de albacea lo ejercerá por conducto de su tutor.

No pueden ser herederos salvo que sean herederos únicos los magistrados y jueces que estén ejerciendo su jurisdicción en el lugar donde se abre la sucesión, los que por sentencia hubieren sido removidos del cargo de albacea, los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, y los que no tengan un modo honesto de vivir. (Art. 1680 del Cód. Civ). Si apesar de estos impedimentos se hubiere tomado posesión del cargo, podrán ser removidos del mismo probando el impedimento mediante un incidente.

Si la persona designada para ejercer el cargo de albacea se encuentra imposibilitada para desempeñarlo, puede excusarse, ya

que el ejercerlo significaría sacrificar sus actividades normales o simplemente existe una imposibilidad para el desempeño del cargo. Así los funcionarios y empleados públicos, los militares en servicio activo, los que por su pobreza no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia, los que habitualmente tengan mala salud, los que no sepan leer o escribir, los que no pueden atenderlo debidamente, los que tengan sesenta años de edad cumplidos y lo que tengan a su cargo otro albaceazgo, podrán hacerlo.

3.2.- CARACTERISTICAS.-

1.- El albacea puede ser nombrado ya sea por el testador, por los herederos o por el juez.

En principio el albacea lo designa el de cujus y su nombramiento se hará en el testamento. En el caso de que el testador no nombre albacea en su testamento, o el testamento sea inválido, no haya testamento, o aún habiéndolo no se nombre albacea o el albacea designado en el testamento no acepte su cargo, la designación será hecha por los herederos.

La elección será por mayoría de votos de los herederos, y se calculará por el importe de las porciones y no por el número de personas. Si la porción está representada por menos de la cuarta parte de los herederos, para que haya mayoría se necesita que con ellos voten los herederos que sean necesarios para formar por lo menos la cuarta parte del número total. Si no hubiere mayoría el albacea será nombrado por el juez de entre los propuestos.

2.- Es un cargo voluntario, nadie puede ser obligado, contra su voluntad, a desempeñarlo, pero una vez aceptado tiene obligación de desempeñarlo. Si tiene alguna excusa de las enumeradas en el artículo 1698 del Código Civil, deberá hacerla valer dentro de los seis días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de su designación, o la muerte del testador, si sabía de su designación en el testamento; si se presenta la excusa después del término señalado, esta se tramitará y podrá obtenerse resolución favorable, pero responderá de los daños y perjuicios que pudiere causar.

3.- Es un cargo renunciable. Al ser un cargo voluntario el albacea puede renunciar al mismo. Si la renuncia está fundada en una justa causa, el albacea no perderá la remuneración que el testador le haya señalado por el desempeño del cargo; y si no está fundada en una justa causa, perderá lo que el testador le haya dejado ya sea como heredero o como legatario.

4.- Es un cargo remunerado.- El Albacea recibirá la retribución que el testador le haya señalado, y si no señaló de cuanto era la retribución tendrá derecho al 2% del importe líquido y efectivo de la herencia, y al 5% de los frutos industriales de los bienes hereditarios. El albacea tiene derecho a elegir entre lo que le deja el testador por el desempeño de su cargo y lo que la ley le concede por el mismo motivo.

5.- Es un cargo personal. El albacea no podrá delegar el cargo que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos. Sin embargo no está obligado a obrar personalmente ya que puede hacerlo por medio de mandatarios, pero siempre tendrá que responder de los actos que estos realicen.

6.- Es un cargo temporal, el albacea debe cumplir su cargo en un año contado desde su aceptación o desde que terminen los litigios que resuelvan sobre la validez o nulidad del testamento, puede prorrogarse este plazo solo por causa justificada acordado por las 2/3 partes de la herencia, y esta prórroga no puede exceder de un año siendo indispensable que se haya aprobado la cuenta anual del albacea.

3.3.- CLASES DE ALBACEA.-

1.- Por su origen, el albacea puede ser:

Testamentarios: Designados por el testador en el testamento.

Legítimos o electo: Los designados directamente por la ley.

Dativos: Designados por el juez, pero este nombramiento será provisional mientras los herederos designen al albacea.

2.- Por sus atribuciones:

Universal: Su función es que se cumpla el testamento en su integridad, hasta dejar consumada la sucesión con la partición.

Especial o particular: Son los designados por el testador para que realice un fin concreto señalado en el testamento, subsiste simultáneamente con el albacea universal.

3.- Por la forma en la que actúan:

Unico: Constituye una sola persona quien ejerce el cargo de forma individual.

Sucesivos: El testador designa en su testamento varias personas para que, en el orden designado por él entren en el desempeño de su cargo, cuando el anterior no quiera o no pueda aceptar el cargo.

Mancomunados: las personas designadas desempeñan el cargo simultáneamente, y solo tendrá validez las actuaciones lo que hagan conjuntamente o uno autorizado por los demás, o bien lo que resuelva la mayoría, y en caso de que no se forme, resolverá el juez.

La principal función del albacea es administrar la herencia y para esto goza de facultades de administración del patrimonio del de cujus. El albacea tiene la posesión de los bienes de la herencia, junto con los herederos, desde el momento de la muerte del autor de la sucesión, y tiene obligación de asegurar los bienes de la herencia. Una vez asegurados tiene en relación a los mismos una función de depositario, no puede extraer ningún bien de la herencia, a menos de que sean bienes ajenos, en cuyo caso dicha circunstancia debe constar en el testamento, en instrumento público o en los libros de contabilidad llevados en forma debida si el de cujus era comerciante.

3.4.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ALBACEA:

El artículo 1706 del Código Civil enumera las obligaciones que tendrá el albacea:

a).- Presentar el testamento.- El albacea debe cumplir la voluntad del testador, y como consecuencia de esto deberá presentar el testamento.

b).- Asegurar los bienes de la herencia.

c).- Formular el inventario.

d).- Administrar los bienes de la herencia y rendir cuentas del albaceazgo.

e).- Pagar las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.

f).- Realizar la partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.

g).- Defender, tanto en juicio como fuera de el, la herencia y la validez del testamento.

h).- Representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra ella.

i).- Deducir las acciones que pertenezcan a la herencia.

J).- Garantizar su manejo.

k).- Las demás que le imponga la ley.

3.5.- DURACION DEL CARGO DE ALBACEA.-

El cargo de albacea dura un año, contado a partir de su aceptación o de la terminación de los litigios que se promovieren

sobre la nulidad o validez del testamento. Los herederos pueden prorrogar este plazo por un año más si hay causa justificada, si ha sido aprobada la cuenta anual del albacea y si la prórroga es aprobada por una mayoría que represente las dos terceras partes de la herencia.

El cargo de albacea termina por el término natural del cargo, por muerte, por incapacidad legal declarada en forma, por excusa que califique el juez de legítima con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesan menores o la beneficencia pública, por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para el desempeño del cargo, por revocación de su nombramiento hecha por los herederos y por remoción.

3.6.- INTERVENTOR.-

El o los herederos minoritarios, quienes no pudieron designar al albacea ya que el designado fue impuesto por la mayoría tendrán el derecho de nombrar un interventor cuya misión es la de vigilar al albacea. Su designación se hará por mayoría de votos de los herederos inconformes, y si no hubiere mayoría la designación la realizará el juez dentro de las personas propuestas. El interventor puede nombrarse: cuando el heredero esté ausente o sea desconocido o cuando existan legados en favor de la Asistencia o con fines benéficos. La función del interventor se limitará a vigilar el exacto cumplimiento del cargo de albacea y no puede tener la

posesión ni aún interina de los bienes. Los interventores deben ser mayores de edad y capaces de obligarse y durarán en su cargo mientras no se les revoque su nombramiento. Tendrán la retribución que acuerden los herederos que los nombren. Si el interventor es designado por el juez cobrarán de acuerdo al arancel, como si fueran apoderados.

CAPITULO CUARTO: PROCEDIMIENTO SUCESORIO:

I. JUICIOS SUCESORIOS.-

Se conoce como juicios sucesorios “a los procedimientos universales mortis causa que tienen por objeto la transmisión del patrimonio del autor de la sucesión, en favor de los herederos y legatarios”²⁵. Estos juicios sucesorios pueden ser testamentarios o intestamentarios. Son testamentarios cuando el autor de la herencia ha manifestado su voluntad por medio de un testamento, por lo que la transmisión de la herencia se hará de conformidad a lo establecido por él en dicho testamento; y son intestamentarios los juicios en los que a falta de testamento, la transmisión del patrimonio hereditario se lleva a cabo de acuerdo a las reglas establecidas en el código civil para la sucesión legítima.

²⁵ OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, México, Harla, 1980, p. 413.

La finalidad de los juicios sucesorios es transmitir los bienes de la herencia, y para esto es fundamental saber a quienes se les van a transmitir, es decir quienes son los herederos y legatarios (en su caso), cuales son los bienes, derechos y obligaciones objeto del acervo hereditario , y en que proporción se repartirá la herencia. Además en los juicios sucesorios se determina también quien administrará los bienes de la herencia.

En el procedimiento sucesorio hay que comprobarse la muerte del autor de la herencia, ver si dispuso legalmente de su patrimonio o en caso contrario hay que llamar a los sucesores, ver si los herederos son capaces de heredar, esperar su aceptación o repudiación, hacer la determinación del patrimonio que conforma la herencia, hacer un avalúo de los bienes hereditarios y protegerlos, proteger los intereses de los acreedores, administrar los bienes, resolver los pleitos que surgen con motivo de la herencia, y entregar los bienes a quienes les corresponda.

El procedimiento sucesorio consta de cuatro secciones o etapas.

La primera sección se le denomina “De Sucesión”, en la cual se reconocerá los derechos sucesorios, se conoce a los sucesores y se nombra a los herederos y al albacea.

La segunda sección es llamada “De Inventarios”, contiene el inventario y avalúo de los bienes hereditarios.

La tercera sección se conoce como “De Administración”, en la cual se busca la protección y vigilancia de los bienes.

Y por último la cuarta sección es denominada “De partición” donde se entregan los bienes de la herencia a los herederos y legatarios y se les adjudican.

Estas cuatro secciones deben iniciarse simultáneamente si no hay impedimento de hecho para ello.

El proceso sucesorio se puede tramitar ya sea por la vía judicial o la vía extrajudicial. La regla es que todo juicio se tramite ante juez y sólo excepcionalmente y en los casos que menciona la ley se podrá tramitar extrajudicialmente.

1.1.- TRAMITACION ANTE EL JUEZ.- VIA JUDICIAL.-

El procedimiento sucesorio se tramita ante un juez de lo familiar. El juez que será competente para conocer del juicio sucesorio será aquél en cuya jurisdicción haya tenido su último domicilio el de cujas, a falta de domicilio el juez competente será el de la ubicación de los bienes raíces que formen la herencia, y a falta de bienes raíces será competente el juez del lugar del fallecimiento del autor de la herencia.

En todo juicio sucesorio se forman cuatro secciones compuestas de cuadernos necesarios.

1.- Primera Sección "De Sucesión".- El reconocimiento de los derechos sucesorios es diferente ya sea que exista o no testamento.

En los casos en los que existe testamento, quien promueva el juicio de testamentaría debe presentar el testamento. El juez pedirá informes al Archivo General de Notarías, al Archivo Judicial y a la Secretaría de Salud, sobre la existencia de algún otro testamento, tendrá por radicado el juicio sucesorio, y convocará a los interesados a una junta para que se les de a conocer al albacea nombrado en el testamento. Si el testador no designó albacea, los herederos en esta junta nombrarán al albacea. La Junta de Herederos se llevará a cabo dentro de los ocho días siguientes a la citación si la mayoría de los herederos residen en el lugar del juicio, en caso contrario, el juez determinará el tiempo que crea necesario. La citación se hace por correo certificado o por cédula. En caso de existir tutores o representantes, también deberán ser citados, así como los representantes legítimos de los ausentes y el Ministerio Público. Si el testamento no es impugnado, ni tampoco es objetada la capacidad de los interesados, el juez procederá a reconocer a los herederos que aparezcan nombrados en el testamento, en las porciones establecidas por el testador en el mismo. En caso de ser impugnado el testamento, u objetada la capacidad de alguno de los herederos, esto se sustanciará en el juicio ordinario que corresponda con el albacea o el heredero, en su caso. El juicio sucesorio no se suspenderá sino hasta la adjudicación de los bienes.

Si no existe testamento, el denunciante debe probar el parentesco o lazo que lo unía con el autor de la herencia, deberá indicar los nombres y domicilios de los parientes en línea recta y del cónyuge supérstite, a falta de ellos deberá señalar nombres y domicilios de los parientes dentro del cuarto grado colateral. El juez pedirá los informes al Archivo General de Notarías, al Archivo Judicial y a la Secretaría de Salud. Tendrá por radicado el juicio y lo notificará, por cédula o correo certificado, a las personas señaladas por el denunciante en su demanda, así como el nombre del fallecido, fecha y lugar del fallecimiento a fin de que justifiquen sus derechos a la herencia y nombren albacea.

Los parientes en línea recta y el cónyuge supérstite, prueban su parentesco con las partidas del Registro Civil o con cualquier medio que legalmente sea posible. Pueden también obtener el reconocimiento de sus derechos hereditarios con una información testimonial de que son los únicos herederos.

El juez de conocimiento en el auto que contenga la declaratoria de herederos citará a los mismos para que dentro del plazo de ocho días realicen la junta de herederos a fin de que designen al albacea. En caso de ser heredero único o de que los interesados en su comparecencia ya hayan dado su voto por escrito en la comparecencia, el juez hará la designación del albacea en la declaratoria de herederos.

Si la declaración de herederos la piden los parientes colaterales dentro del cuarto grado, el juez, después de recibir las pruebas de parentesco y la información testimonial, mandará fijar avisos en sitios públicos del lugar del juicio y en los lugares del fallecimiento y origen de difunto, anunciando su muerte sin testar, los nombres y grande parentesco de los que reclaman la herencia, y llamando a los que crean que tienen un derecho igual a mejor que los reclamantes para que en un plazo de cuarenta días, plazo que el juez puede ampliar, reclamen su derecho. Los edictos se publicarán además en un periódico de información si el valor de los bienes hereditarios excede de cinco mil pesos, estos edictos se publicarán dos veces con un intervalo de diez días. Una vez que haya transcurrido el plazo de los edictos si nadie se presentó a reclamar sus derechos hereditarios, el juez del conocimiento declarará como herederos a los parientes dentro del cuarto grado colateral. En caso que dentro del plazo aparecieran otros parientes, el juez les señalará un plazo no mayor de quince días para que con audiencia del Ministerio Público, prueben su parentesco.

Si transcurre un mes de iniciado el juicio y no se presentan descendientes, cónyuge, ascendientes, concubina o colaterales dentro del cuarto grado, el juez hará edictos en la forma que establece el artículo 807 del Código de Procedimientos Civiles, y si no se presenta nadie a reclamar la herencia o los que se presentaron no tuvieron derecho a ella, el juez declarará heredera a la Beneficencia Pública.

La primera Sección debe contener los siguientes documentos:

1.-El testamento o testimonio de protocolización o la denuncia del interesado.

2.-Las citaciones de los herederos y la convocatoria a los aspirantes a la herencia.

3.- Lo relativo al nombramiento de albacea e interventores, y al reconocimiento de los derechos de sucesión.

4.- Los incidentes que se promueven sobre el nombramiento o remoción de tutores.

y 5.- Las resoluciones que se pronuncien sobre la validez del testamento, la capacidad legal para heredar y la preferencia de los derechos.

2.- Segunda Sección "Inventario y Avalúo de Bienes". - Consiste en determinar cuales son los bienes que conforman el acervo hereditario, para lo cual se requiere de un inventario de todos los bienes derechos y deudas del de cujus. Esta es una de las principales obligaciones del albacea misma que debe cumplir dentro de los diez días siguientes a la aceptación de su cargo, dando aviso al juzgado, y debe presentarlos dentro de los sesenta días que sigan a la misma fecha. El inventario se practicará por el actuario del juzgado o por el notario que haya nombrado la mayoría de los herederos cuando ésta la constituyan menores de edad o cuando los establecimientos de beneficencia tuvieren interés en la sucesión como herederos o

legatarios. Deben ser citados por correo para la formación del inventario el cónyuge supérstite, los herederos, acreedores y legatarios que se hayan presentado, pudiendo ocurrir el juez cuando lo juzgue oportuno. El día señalado el actuario o el albacea, en su caso, harán la descripción de los bienes con claridad y precisión en el siguiente orden: dinero, alhajas, efectos de comercio o industria, semovientes, frutos, muebles, raíces créditos documentos y papeles de importancia, bienes ajenos que tenía en su poder el difunto en comodato, depósito, prenda bajo cualquier otro título, expresándose este. La diligencia de inventario será firmada por todos los concurrentes y en ella se expresará cualquier inconformidad, designando los bienes sobre cuya inclusión o exclusión recae. El albacea puede elaborar por sí mismo el inventario y presentarlo al juzgado por escrito, los interesados podrán objetarlo en un plazo de cinco días contados a partir de su presentación.

El avalúo es "la tasación o valoración de los bienes inventariados"²⁶. Los herederos dentro de los diez días al reconocimiento de sus derechos, deben designar, por mayoría de votos, un perito valuador y, en su defecto, el juez lo hará. El perito designado debe valorar todos los bienes inventariados con excepción de los señalados en el artículo 823. Una vez practicados el inventario y el avalúo, se agregarán se agregarán a la Segunda Sección del expediente, y se pondrán de manifiesto en la Secretaría del juzgado

²⁶ Ibidem pág. 363

por cinco días, para que los interesados puedan examinarlos, citándoseles al efecto por cédula o correo. Si no hay oposiciones el juez aprobará el inventario y el avalúo; y, en caso contrario, las oposiciones deberán tramitarse a través de un incidente. El inventario hecho por el albacea o por heredero aprovecha a todos los interesados, aunque no hayan sido citados, y perjudica a los que lo hicieron y a los que lo aprobaron. Una vez aprobado, el inventario no puede reformarse, sino por error, o dolo declarados por sentencia definitiva pronunciada en juicio ordinario.

La Segunda Sección debe contener:

- 1.- El inventario provisional del interventor.
- 2.- El inventario u avalúo que forme el albacea.
- 3.- Los incidentes que se promuevan.
- y 4.- La resolución sobre el inventario y avalúo.

Ya que se haya concluido y aprobado judicialmente el inventario, el albacea procederá a la liquidación de la herencia. En primer lugar pagará las deudas mortuorias, siendo estas los gastos del funeral y los que se hayan causado en la última enfermedad del autor de la herencia. En segundo lugar se pagarán los gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia, así como los créditos alimenticios, que pueden también ser cubiertos antes de la formación de inventario. Luego se pagarán las deudas hereditarias que fueren exigibles. Los legados no se podrán pagar sin que se hayan cubierto o asignado bienes bastantes para pagar las deudas.

Si los acreedores se presentan después de que hayan sido pagados los legados, los legatarios solamente tendrán acción contra estos cuando en la herencia no hubiesen bienes bastantes para cubrir sus créditos. Los acreedores de esta manera tienen la garantía de que sus créditos van a ser pagados antes de los legados, ya que es preferente el derecho de estos por exigir una obligación previa con el de cujus a la liberalidad que representa el legado.

3.- Tercera Sección "De Administración".- La administración de los bienes de la herencia y la rendición de cuentas es obligación del albacea. La administración de los bienes de la sociedad conyugal corresponden al cónyuge supérstite, con intervención del albacea. El interventor, el albacea, y el cónyuge supérstite, en su caso, deben rendir, dentro de los cinco primeros días de cada año del ejercicio de su cargo, la cuenta de la administración correspondiente al año anterior, y el juez puede exigir de oficio el cumplimiento de este deber. El albacea además debe rendir las cuentas mensuales y general del albaceazgo.

La Tercera Sección contiene:

- 1.- Todo lo relativo a la administración.
- 2.-Las cuentas, su glosa y calificación.
- y 3.- La comprobación de haberse cubierto el impuesto fiscal.

4.- Cuarta Sección "De Partición".- El albacea debe realizar dos proyectos partitorios. 1.- Proyecto de Distribución Provisional.- Dentro de los quince días de aprobado el inventario, el albacea tiene obligación de presentar al juzgado un proyecto para la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte de ellos que cada bimestre debe entregar a los herederos y a los legatarios, en proporción a su haber hereditario. Este proyecto debe ser puesto a la vista de los interesados por cinco días, y, en caso de que estos no manifiesten inconformidades, el juez lo aprobará. En caso contrario, las inconformidades se tramitarán en forma incidental. Cuando los productos de los bienes hereditarios varíen cada bimestre, el albacea deberá presentar su proyecto bimestralmente.

2.- Proyecto de partición de los bienes.- Dentro de los quince días de aprobada la cuenta general de administración, el albacea debe presentar el proyecto de partición de los bienes o promover la designación, por la junta de herederos, y en su defecto por el juez, de un contador o abogado para que desempeñe funciones de partidor. Cuando este concluido el proyecto de partición, el juez lo mandará poner a la vista de los interesados por un plazo de diez días para que formulen oposición, y en caso de no haberla, aprobará el proyecto y dictará sentencia de adjudicación, mandando entregar a cada interesado los bienes que le hayan sido aplicados, con los títulos de propiedad. Las oposiciones, en caso de haberlas, se tramitarán incidentalmente.

La adjudicación de los bienes hereditarios deberá otorgarse con las formalidades que por cuantía la ley exija para su venta. El notario ante el cual se tire la escritura será designado por el albacea. La sentencia que apruebe o rechace la partición es apelable en ambos efectos, cuando el monto del caudal exceda de mil pesos.

La Cuarta Sección debe contener:

1.-El proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios.

2.- El proyecto de partición de los bienes.

3.-Los incidentes que se promuevan respecto a los proyectos antes mencionados.

4.- Los arreglos relativos.

5.- Las resoluciones sobre los proyectos arriba mencionados.

y 6.- Lo relativo a la aplicación de los bienes.

1.2.- TRAMITACION DE LA SUCESION ANTE NOTARIO.- VIA EXTRAJUDICIAL.-

El juicio sucesorio se compone de las cuatro etapas arriba mencionadas, las cuales se tramitan ante el juez de lo familiar, sin embargo el artículo 782 del Código de Procedimientos Civiles establece que si los herederos son mayores de edad después del reconocimiento de sus derechos, podrán encomendar a un Notario la

formación del inventario, avlúos, liquidación y partición de la herencia, procediendo en todo de común acuerdo, que constará en uno o varios actos. El artículo 872 del mismo ordenamiento dispone que cuando todos los herederos fueren mayores de edad y hubiesen sido instituidos herederos en un testamento público, la testamentaría podrá ser extrajudicial con intervención de un notario, siempre y cuando no haya controversia alguna. También puede llevar el juicio de intestado cuando todos los herederos sean mayores de edad y hayan sido reconocidos judicialmente con tal carácter.

Reunidos los requisitos los herederos deberán llevar el testamento y el acta de defunción al Notario. El Notario pedirá al Archivo General de Notarías y al Archivo Judicial informes acerca de la exista de algún otro testamento otorgado por el de cujus. Una vez contestados dichos informes en sentido negativo, el Notario redactará una escritura en la que se hará constar la validez del testamento, la aceptación o repudiación de los herederos y legatarios, la aceptación del cargo de albacea y que este procederá a hacer el inventario de los bienes.

El Notario dará a conocer las declaraciones contenidas en esta escritura por medio de dos publicaciones que se harán con intervalos de diez días, en uno de los periódicos de mayor circulación.

Practicado el inventario por el albacea, con el consentimiento de los herederos, el Notario deberá protocolizarlo. También protocolizará

el proyecto de partición de la herencia formado por el albacea con la aprobación de los herederos. Finalmente se procederá a la adjudicación de los bienes, que se otorgarán con las formalidades que la ley exige para su venta. En la escritura correspondiente se hará constar que los herederos estuvieron conformes con la actuación del albacea y que lo liberan del cargo.

El Notario suspenderá su intervención siempre que haya oposición de algún aspirante.

CAPITULO QUINTO: TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO:

Con la creación del Testamento Público Simplificado, se trata de solucionar el problema de la irregularidad en la titularidad de la tenencia de la tierra. Existen Programas que buscan resolver este problema, pero la realidad es que no lo han logrado ya sea por falta de difusión de los mismos, la falta de asesoramiento a las personas interesadas, o por la burocracia misma.

Esta irregularidad que en materia inmobiliaria existe en el Distrito Federal es originada, entre otras causas, debido a que la gente, y esto se observa en todas las clases sociales, no se ha concientizado de la importancia de formalizar disposiciones testamentarias, no está educada en tal sentido. La mayoría de las personas en México (no sólo en el Distrito Federal) fallecen intestadas, dejando a sus herederos, una serie de problemas que habrán que resolver mediante la realización de diversos trámites largos y costosos. Por otro lado, de la gente que sí quiere otorgar su testamento, y que acude ante el Notario, muchas veces no lo otorga

dado a que su presupuesto no le alcanza. Todo esto trae como consecuencia que los bienes de la herencia se estanquen, y no se comercialice con ellos, debido a la irregularidad que presentan, que muchas veces dicha irregularidad va de generación en generación complicándose cada vez más la situación jurídica de los inmuebles.

Ante este problema, el legislador buscó resolverlo facilitando la transmisión de los inmuebles destinados a casa habitación al fallecer sus propietarios, de manera que la irregularidad de los inmuebles no sea mayor.

Para esto creó el Testamento Público Simplificado, así como un proceso más rápido y eficaz para escriturar los bienes objeto de dicho testamento.

Pero hay que analizar si realmente la reforma cumple su objetivo, si logra que los bienes de la herencia no se estanquen, si al tratar de cumplir con su objetivo deja de proteger elementos más importantes que todo testamento debe proteger, si rompe o no con la teoría general de las sucesiones, si se pueden aplicar o no los principios y características de los testamentos, y analizar si el procedimiento para la titulación de los bienes realmente es eficaz, ágil, y menos costoso.

I.- TEXTO DE LA REFORMA, CONCEPTO Y REQUISITOS:

I.1.- TEXTO DE LA REFORMA.-

El día 16 de noviembre de 1993 se presentó una iniciativa de reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, trayendo como consecuencia, entre otras, la modificación de dichos ordenamientos en materia de sucesiones, concretamente en lo que se refiere a testamentos.

En el texto de la iniciativa se observa cual es la preocupación del legislador misma que lo llevó a la creación del TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO (TPS).

TEXTO DE LA INICIATIVA: "... hemos venido observando con una gran preocupación que los beneficiarios de esos programas por una insuficiencia o carencia total de asesoramiento jurídico, no formalizan ninguna disposición testamentaria para después de su muerte, de tal manera que cuando ocurre ese fatal acontecimiento sus familiares o beneficiarios lo que en realidad heredan es una serie de problemas que, a partir de ese suceso, se van transmitiendo de generación a generación hasta convertirse de nueva cuenta en otra situación de irregularidad.

En efecto, en una gran cantidad de casos las personas mueren intestadas y sus herederos por varias generaciones no tramitan los

respectivos juicios sucesorios, debido a lo dilatado y costoso de los trámites y los impuestos acumulados que se deben cubrir. Esta situación se ha convertido en una de las nuevas causas de irregularidad de la tenencia de la tierra, de tal suerte que si no prevé que los propietarios de los predios regularizados tengan un medio ágil y seguro para que voluntaria y libremente puedan formalizar su decisión para después de su muerte sobre la propiedad de dichos predios, se corre el riesgo de que la eficacia de dichos programas se anule.

Ante esta situación se deben tomar medidas en dos vertientes: el establecimiento de un figura jurídica que facilite el otorgamiento de últimas voluntades de los autores de la sucesión con relación a las viviendas que adquieran, así como el establecimiento de un procedimiento sucesorio expedito para la titulación de dichos inmuebles en favor de los legatarios que instituya el propietario.

En la primera vertiente se propone la creación de un testamento público simplificado, a efecto de facilitar la transmisión de una vivienda por causa de muerte (a través de la institución de uno o más legatarios) que el adquirente podrá efectuar en el mismo acto de la expedición del título de propiedad en su favor, o en un acto posterior otorgado ante notario. Con la finalidad se sugiere adicionar una

fracción del artículo 1500 y un capítulo III bis con un artículo 1549-bis al Código Civil...²⁷

El día 6 de enero de 1994 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. El texto de la reforma en lo que corresponde a la creación del TPS es el siguiente:

"ARTICULO 1549-BIS.- Testamento Público Simplificado es aquél 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 se consigne su adquisición o en la 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:

I.- Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición. En los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las

²⁷ SALINAS DE GORTARI, Carlos, Iniciativa de Reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, Palacio Nacional 11 de Noviembre de 1993, p. 1 y 2.

dependencias y entidades a que se refiere el párrafo anterior, no importará su monto;

II.- El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, éstos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces;

III.- Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 de este Código;

IV.- Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión;

V.- Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713, 1770 y demás relativos de este Código;

y VI.- Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876-Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal."

Asimismo se adicionó el artículo 876 bis al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el cual es del tenor literal siguiente:

"ARTICULO 876 bis: Para la titulación notarial de la adquisición por los legatarios instituidos en Testamento Público Simplificado, se observará lo siguiente:

I.- Los legatarios o sus representantes, exhibirán al Notario la copia certificada del acta de defunción del testador y testimonio del Testamento Público Simplificado;

II.- El Notario dará a conocer en un periódico de los de mayor circulación en la República, que ante él se está tramitando la titulación notarial de la adquisición derivada del Testamento Público Simplificado, los nombres del testador y de los legatarios y, en su caso su parentesco;

III.- El Notario recabará del Archivo General de Notarías, del Archivo Judicial del Distrito Federal y de los correspondientes archivos u

oficinas similares del último domicilio del autor de la sucesión, las constancias relativas a la existencia o inexistencia del testamento. En el caso de que el Testamento Público Simplificado presentado sea el último otorgado, el Notario podrá continuar con los trámites relativos; siempre que no existiere oposición;

IV.- De ser procedente, el Notario redactará el instrumento en el que se relacionarán los documentos exhibidos, las constancias a que se refiere la fracción anterior, los demás documentos del caso, y la conformidad expresa de los legatarios en aceptar el legado, documento que se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad. En su caso, se podrá hacer constar la repudiación expresa y,

V.- En el instrumento a que se refiere la fracción anterior, los legatarios podrán otorgar a su vez, un Testamento Público Simplificado en los términos del artículo 1549 bis del Código Civil”.

1.2.- CONCEPTO Y REQUISITOS DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.-

El Testamento Público Simplificado (TPS) es aquél que se otorga ante Notario Público respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a la vivienda o que es materia de regularización, en el que el valor de avalúo no exceda del equivalente a 25 veces el

salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, a excepción de que se trate de regularización de inmuebles que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal en cuyo supuesto no importará el monto.

De la definición se desprende que los requisitos para otorgar este testamento son: que el inmueble sea destinado a la vivienda por el adquirente, que se otorgue ante Notario, que tenga un valor que no exceda del límite fijado al momento de la adquisición, o que se trate de una regularización.

El TPS fue clasificado por el legislador como un testamento ordinario. Es un testamento público, donde sólo se instituye legatarios. No hay designación de albacea, ni de tutores, no se instituye a herederos y contempla una figura jurídica nueva la del "representante especial". Es un testamento que puede llegar a ser mancomunado en los supuestos que señala la ley.

Esto es en lo que consiste dicho testamento. Aparentemente se ve muy sencillo, pero analizando su naturaleza observamos muchos problemas e inconvenientes que presenta dicho testamento.

II.- REGIMEN DE EXCEPCION.-

La primera consideración que haré respecto del TPS, es que a diferencia de los demás testamentos ordinarios y especiales, este se rige por un régimen de excepción.

La iniciativa de reformas antes mencionada contempló este régimen de excepción para este testamento, y tiene que ser así ya que de otra manera no tendría eficacia el TPS. Porque como veremos más adelante el TPS rompe y se separa de la teoría general de la sucesiones, y creando este "régimen de excepción" puede tener aplicabilidad el TPS.

Dicho régimen de excepción tiene su justificación en la iniciativa que dice de la siguiente manera: "... En resumen lo que propone esta iniciativa no sólo es una nueva figura de testamento, el público simplificado, si no todo un nuevo sistema que si bien se ajustará, en lo aplicable, a las reglas generales de los testamentos y de los legados, se regirá también por reglas específicas que garantizan no sólo la eficacia jurídica de los programas de vivienda de interés social y los de regularización de la tenencia de la tierra, sino la posibilidad real de facilitar y economizar el acceso a grandes sectores de la población de escasos recursos al sistema testamentario. Válidamente podríamos afirmar que se estaría creando un verdadero "Testamento Popular". Por eso, es muy importante subrayar que las reglas de excepción que formaran parte del nuevo testamento público simplificado contribuirán a darle eficacia y aplicabilidad...."²⁸

²⁸ Ibidem p. 7

Las sucesiones se rigen por las reglas generales que establece el Código Civil, sin embargo el TPS está sujeto al ya mencionado régimen de excepción, y sus reglas serán de interpretación estricta.

Este régimen de excepción tal y como lo dice la iniciativa de reforma es para darle eficacia y aplicabilidad al TPS. Sin embargo para que se logre esa eficacia y aplicabilidad se sacrifican aspectos muchos más importantes, que todo testamento debe proteger y que se mencionarán más adelante.

Por otro lado vemos que en la práctica apesar de haberse creado ese régimen de excepción esa eficacia y aplicabilidad no se dan, ya que el tiempo nos ha mostrado que el éxito de este testamento es casi nulo.

Este régimen de excepción trae muchos problemas ya que en el TPS no se puede instituir herederos, tutores, curadores, designar albacea, reconocer hijos, ni hacer cualquier otra disposición que no este relacionada con el inmueble objeto del TPS, por lo que se está reduciendo el testamento a un mero acto de transmisión de bienes, y ni siquiera de todos los bienes sino sólo de uno.

III.- UNIDAD DE LA HERENCIA.-

Este testamento, como ya se ha dicho, está dirigido a los beneficiarios de los programas de regularización de la tenencia de la tierra, a personas de bajos recursos económicos. El legislador consideró que a lo largo de su vida, estas personas sólo pueden hacerse de un bien, el que será objeto del TPS, subestimando su capacidad económica, por lo que para los demás bienes que tengan (automóvil, cuentas bancarias, el menaje de casa, los bienes recibidos por herencia, etc.) tendrán que otorgar otro testamento, o se regirán por las reglas de la sucesión legítima, trayendo como consecuencia que la sucesión de una persona este conformada por "varias sucesiones aisladas" rompiendo con el principio de la unidad de la herencia. La reforma trató de simplificar pero en la práctica no lo logra, lo complica. Lo que sí es más sencillo y simplificado es otorgar un sólo testamento que abarque todo el patrimonio, se nombren tutores, curadores y se designe albacea, además de que se pueden incluir otras disposiciones.

IV.- INSEGURIDAD JURIDICA PARA LOS ACREEDORES DE LA HERENCIA.-

En materia de TPS los legatarios pueden reclamar directamente la entrega del inmueble sin que se apliquen los artículos 1713 y 1770 del Código Civil. Estas disposiciones establecen que:

"Art. 1713. El albacea, antes de formar el inventario, no permitirá la extracción de cosa alguna, si no es que conste la propiedad ajena por el mismo testamento, por instrumento público o

por los libros de la casa llevados en debida forma, si el autor de la herencia hubiere sido comerciante."

"Art. 1770. Si el autor de la herencia dispone en su testamento que a algún heredero o legatario se le entreguen determinados bienes, el albacea, aprobado el inventario, les entregará esos bienes, siempre que garanticen suficientemente responder por los gastos y cargas generales de la herencia, en la proporción que les corresponda."

El bien inmueble objeto del TPS puede salir de la masa hereditaria sin que para ello se requiera del inventario, sin que se haya hecho la liquidación de las deudas de las que tiene que responder la herencia.

Esto trae inseguridad jurídica para los acreedores de la herencia por los siguientes motivos:

Si el derecho hereditario es consecuencia de la teoría del patrimonio, debe respetar los principios que en la misma se observan, no permitiendo en el caso del TPS que se reclame directamente el inmueble, porque se deja a los acreedores sin protección alguna.

El Patrimonio se transmite mortis causa como una universalidad y como una unidad, con la finalidad de que se haga la liquidación del mismo. Si llegare a existir algún crédito pendiente de cubrir el

patrimonio queda afectado en garantía del mismo. En consecuencia la principal garantía del acreedor consiste en que el activo y el pasivo se mantienen inseparables. No se pueden adjudicar los bienes sino hasta que las deudas hayan sido pagadas durante el periodo de liquidación. Lo anterior no permitiría al legatario de un TPS que directamente reclamara la entrega del inmueble antes del inventario.

Además de que según lo establecido por el artículo 2,964 del Código Civil antes mencionado, el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, por lo que los acreedores se verían defraudados.

El TPS trae inseguridad jurídica y deja en estado de indefensión a los acreedores del testador, no dándole continuidad a las relaciones jurídicas que no se extinguen con la muerte del de cuius. Además que no se respeta el orden de prelación establecido para efectuar la liquidación de la herencia constituyéndose así una excepción en favor del legatario en perjuicio de los demás acreedores no alimentistas que pudieren existir, ya que sólo prevé el supuesto de que existan acreedores alimentistas.

V.- PLURALIDAD DE ADQUIRENTES, TESTAMENTOS MANCOMUNADOS.-

El Código Civil en sus artículos 1295 y 1296 establece:

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

Art. 1296 "No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, o en favor de un tercero"

En estas dos disposiciones se ve claramente reflejado que el testamento es un acto esencialmente PERSONALISIMO. El que sólo teste una persona en un testamento garantiza la espontaneidad de la voluntad y la libertad para revocarlo.

En lo que se refiere al TPS el artículo 1549 Bis, en su fracción III establece: "Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 de este Código".

Esto da lugar a lo que se conoce como testamento mutuo ó mancomunado, el cual dentro de el mismo testamento y en el mismo acto dos o más personas testan ya sea en provecho recíproco o en favor de un tercero. Estos testamentos mancomunados existían para

favorecer la armonía y la confianza entre los cónyuges y para evitar gastos. El Código Civil actual prohíbe estos testamentos en su artículo 1349, sancionado con la nulidad de la institución que se haga bajo esta forma.

Sin embargo en el TPS pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya sea en provecho recíproco, o en favor de un tercero, y esto trae como consecuencia que la naturalidad y la espontaneidad de la voluntad quede desprotegida. Además de que el testamento deja de ser un acto esencialmente personalismo e individual. Los copropietarios y los cónyuges pueden estar presionados en el momento de designar al legatario del inmueble objeto del TPS, y la libertad verse disminuida, aspectos que quedan desprotegidos en el TPS.

El testamento es un acto por naturaleza personalismo y libre, el legislador no debe ir en contra de esa naturaleza, debe respetar las características que tienen todos los testamentos y que los hacen ser lo que son: acto personalismo, revocable y libre, por el cual un persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte.

La presunción de influencia contra la libertad del testador tiene su fundamento en que la presencia de algunas personas al momento de otorgarse el testamento puede ejercer influencia en la voluntad del

testador, por eso es que se prohíbe que ciertas personas presencien el otorgamiento de los testamentos.

El artículo 1502 del Código Civil establece que: "No pueden ser testigos del testamento:..... VI.- Los herederos o legatarios sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes.....". Según lo establecido en esta disposición, durante el otorgamiento del TPS, el cónyuge o el copropietario del testador no debería estar presente si es legatario, y sin embargo en el TPS puede estar presente y ser instituido como legatario.

El artículo 1324 establece que: "por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, son incapaces de heredar el notario y los testigos que intervienen en el y sus cónyuges, descendientes, ascendientes, o hermanos." Al testar en un mismo instrumento dos personas, se convierten uno respecto del otro en testigos del acto, y los haría incapaces de heredar por influjo contrario a la libertad del testador.

VI.- FORMALIDADES.-

El testamento es un acto formal, esto da seguridad al mismo y da certeza de que la persona que otorgó el testamento es realmente el testador, que es capaz y que este contiene su última voluntad. Sin

embargo en materia de TPS no se establece ninguna formalidad expresa, la ley es omisa en este sentido. Se podrían seguir las formalidades establecidas en el Código Civil para los testamentos públicos (art's 1512, 1514, 1517, 1519).

VII.- REPRESENTANTE ESPECIAL.-

El TPS prevé que para el caso de que los legatarios instituidos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, el testador podrá designarles un representante especial para que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces.

Este representante especial tiene limitadas sus facultades ya que sólo podrá firmar el instrumento notarial, a esto se limita su actuación. Es un cargo voluntario, ya que no se le puede obligar a aceptar el cargo, es un cargo gratuito, no establece la ley ningún tipo de remuneración, es un cargo subsidiario debido a que solo entrará en funciones si el legatario incapaz no está sujeto a la patria potestad o a la tutela.

Su naturaleza jurídica es sui generis, es una especie de ejecutor testamentario que sólo se encargará de firmar la escritura correspondiente.

No es un mandatario (el mandato termina con la muerte ya sea del mandatario o del mandante), no es un albacea (no tiene la amplitud de facultades y obligaciones que tiene el albacea), y tampoco es un tutor (también sus facultades y obligaciones son más amplias).

En el supuesto de que el representante especial no aceptara el cargo, o existiese alguna controversia, se nombraría un tutor legítimo al incapaz, tal como lo dispone el artículo 776 del Código de Procedimientos Civiles.

“Art. 776.- “En los juicios sucesorios en que haya herederos o legatarios menores que no tuvieran representante legítimo dispondrá el tribunal que designe un tutor si han cumplido dieciséis años o los incapacitados no tuvieran tutor, será este nombrado por el juez”.

Es más sencillo y trae menos problemas si en el TPS el testador nombrar un tutor, como en los demás testamentos, quien se encargará de representar al legatario no sólo para la firma de la escritura sino que buscará guardar y proteger la persona y los bienes del incapaz que no estuviere sujeto a la patria potestad.

VIII.- EL LEGATARIO EN EL TPS Y AUSENCIA DEL NOMBRAMIENTO DE ALBACEA.-

La persona que adquiere mediante el TPS es un legatario y no un heredero, ya que la transmisión es a título particular, mediante una disposición testamentaria, y como tal no responderá de las cargas de la herencia, y no continúa el patrimonio del autor de la herencia. No es un sucesor del de cujus sino simplemente recibe un bien particular de la herencia. En el TPS únicamente se puede instituir legatarios, no hay heredero.

Sin embargo el artículo 1286 establece que: “Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos”. Al ser considerado como heredero debería responder de las cargas de la herencia, sin embargo no responde porque conforme al régimen de excepción puede reclamar directamente la entrega del inmueble.

Por otro lado en el TPS no hay designación de albacea. Es necesario que durante la tramitación del proceso sucesorio, concretamente lo que se refiere a la reclamación de inmueble y titulación del mismo exista una persona encargada de representar al legatario.

El albacea le da seguridad jurídica y certidumbre al proceso sucesorio como a las personas que intervienen en el, formula el inventario, paga deudas, deduce las acciones que le pertenecen a la herencia, vela por el interés de las personas que intervienen en el proceso sucesorio. ¿Qué pasaría en el caso de conflicto y que se

llegara a juicio?, ¿Quién representaría a la sucesión y al mismo legatario?, ¿Si hay varios legatarios, quien hace la partición y la adjudicación?, ¿Quién defiende el inmueble legado en caso de juicio?.

Los problemas planteados anteriormente y otros que la práctica misma irá dictando se solucionarían si existiera la figura del albacea.

El albacea tiene un papel importantísimo, simple y sencillamente dá seguridad al proceso sucesorio. El TPS busca simplificar, pero al no existir designación de albacea se complica el proceso sucesorio, y eso no es simplificar ni agilizar.

IX.- TRAMITACION SIMPLIFICADA.-

Con el propósito de agilizar se creó una tramitación simplificada para la titulación de un bien legado mediante el TPS.

El proceso sucesorio se simplifica, el legatario o su representante deberán exhibir copia del acta de defunción y el testimonio del testamento al Notario, quien hará una sola publicación en uno de los periódicos de mayor circulación donde dará a conocer que ante él se está tramitando la titulación.

La reforma siendo consecuente con su propósito de simplificar, reduce el número de publicaciones que debe hacer el notario, ya que en el testamento público abierto, el notario está obligado a hacer dos publicaciones y en el TPS sólo se hará una publicación. El objeto de las mismas es que las personas que pudieran tener algún derecho en la sucesión de que se trata puedan hacerlo valer. Este sistema de las publicaciones era útil cuando la Ciudad de México no era tan grande. Actualmente el Distrito Federal ha crecido bastante, y cantidad de periódicos en circulación es numerosa, es muy difícil que una persona se entere por medio de dichas publicaciones de la tramitación de alguna sucesión. Creo que en vez de reducir el número de publicaciones debería suprimirlas completamente, ya que además de ser costosas, es un gasto innecesario. Dicha publicación eleva el costo de la tramitación y la intención es reducir los costos.

Una vez hechas las publicaciones el Notario deberá recabar del Archivo Judicial y del Archivo General de Notarías informes acerca de que si el de cujus otorgó algún otro testamento. Sólo en caso de que no exista oposición el Notario continuará la tramitación.

Pero ¿qué pasaría si dichos informes fueran afirmativos?, ¿qué pasaría si existiera un testamento anterior al testamento público simplificado?.

Es cierto que el TPS tiene un régimen de excepción pero al ser su regulación muy pobre, en caso de controversia se tendría que ir a las reglas generales.

El artículo 1494 del Código Civil establece que el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en el posterior su voluntad de que el anterior subsista en todo o en parte quedaría revocado. Y si expresamente manifiesta que si quiere que subsista, ambos testamentos serían válidos.

Si existiera un testamento público abierto que contiene todo el patrimonio, designación de herederos, albacea, tutores, y al otorgarse el tps no se expresa que debe subsistir, quedaría revocado, y se abriría una sucesión legítima, para los demás bienes, esto no es simplificar, sino complicar.

CONCLUSIONES:

1.- El TPS se rige por un régimen de excepción para lograr su eficacia y aplicabilidad sacrificando aspectos mucho más importantes que todo testamento debe proteger. A pesar de dicho régimen el TPS no es eficaz y su aplicabilidad es casi nula.

2. – El TPS se reduce el testamento a un mero acto de transmisión de bienes ya que no se puede instituir herederos, tutores, curadores, designar albacea, reconocer hijos, ni hacer otra disposición que no este relacionada con el inmueble objeto del TPS.

3. – El legislador subestimó la capacidad económica de testador, ya que consideró que el testador durante su vida únicamente podrá hacerse de un bien. De los demás bienes que adquiriera tendrá que otorgar un nuevo testamento, haciendo mención expresa de que el TPS subsistirá.

4. – El TPS rompe con el principio de la unidad de la herencia, el testador solo puede otorgar testamento respecto de un solo bien, por lo que para los demás bienes que tenga automóvil, cuentas bancarias, el menaje de la casa, bienes recibidos por herencia, etc., tendrá que otorgar otro testamento, o bien regirse por las reglas de la

sucesión legítima, trayendo como consecuencia que la sucesión de una persona este conformada por varias sucesiones aisladas.

5. – El TPS trae inseguridad jurídica para los acreedores de la herencia ya que el inmueble objeto del testamento puede salir de la masa hereditaria sin que se requiera de inventario, sin que se haya hecho la liquidación de las deudas de las que tiene que responder toda herencia.

6. – El TPS trae inseguridad jurídica y deja en estado de indefensión a los acreedores del testador, no dándole continuidad a las relaciones jurídicas que no se extinguen con la muerte del testador.

7. – Al no respetar el orden de prelación establecido para efectuar la liquidación de la herencia se constituye una excepción a favor del legatario en perjuicio de los demás acreedores no alimentistas que pudieran existir.

8. – La naturalidad y la espontaneidad de la voluntad del testador quedan desprotegidas al poder testar en el mismo acto dos o más personas ya sea en provecho recíproco o a favor de un tercero, además de que el testamento deja de ser un acto esencialmente personalismo e individual.

9. – Al no poder nombrar albacea el testador en el TPS, trae inseguridad jurídica al proceso sucesorio como a las personas que intervienen en él, ya que es el albacea quien formula el inventario, paga las deudas, deduce las acciones que pertenecen a la herencia, vela por el interés de las personas que intervienen en el proceso sucesorio.

10.- El TPS, no simplifica sino que complica el proceso sucesorio por las siguientes razones:

A.- El TPS tiene un régimen de excepción pero su regulación es muy pobre, en caso de controversia hay que ir a las reglas generales lo que no simplifica.

B.- Al no poderse instituir herederos, tutores, curadores, designar albacea, reconocer hijos, ni hacer otra disposición que no este relacionada con el inmueble objeto del TPS, se tendrá que hacer fuera de este testamento lo que complica.

C. – Si el testador adquiere más bienes tiene que otorgar un nuevo testamento, haciendo mención expresa de que el TPS subsistirá, porque de manera contraria quedará revocado el TPS.

D. – El hecho de que puedan existir varias sucesiones aisladas complica el proceso sucesorio.

E.- Si existe un Testamento Público Abierto que contiene todo el patrimonio, designación de herederos, albacea, tutores, y al otorgarse el TPS no se expresa que deba subsistir, quedaría revocado el testamento público abierto, y se tendría que abrir una sucesión legítima para los demás bienes, esto no es simplificar.

En la práctica vemos que realmente no se ha solucionado el problema, la irregularidad en materia inmobiliaria sigue existiendo, y ni siquiera la creación de este testamento la ha logrado disminuir en alguna medida.

La reforma no fue satisfactoria, aunque la intención es muy loable. Creo que lo mejor es que se otorgue un testamento público abierto que es el que trae mayor seguridad jurídica tanto para él testador como para el proceso sucesorio. Habrá que fomentar una

cultura en la que las personas otorguen testamento y reducir los costos de los mismos.

BIBLIOGRAFIA

A. LIBROS:

1. AGUILAR Y CARBAJAL, Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil. Bienes Derechos Rales y Sucesiones, Porrúa, México, 1975.
2. ARCE Y CERVANTES, José, De las Sucesiones, Porrúa, México, 1992.
3. ASPRON PELAYO, Juan M., Sucesiones, McGraw-Hill, México, 1996.
4. BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, 3ª. Ed., Harla, México, 1984.
5. BIONDO BIONDI, Sucesión Testamentaria y Donación, 2ª. Ed, Bosch, Barcelona 1960.
6. BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil,)parte A, volumen 2, Harla, México, 1997.
7. BORJA SORIANO, Manuel, Teoría de las Obligaciones, Porrúa, 14ª. Ed, México, 1995.
8. DE LA PEZA, José Luis, De las obligaciones, McGraw Hill, México, 1997.
9. DE PIÑA, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Porrúa, México, 1975.
10. DÓRS, Alvaro, Derecho Privado Romano, 2ª. Ed, Pamplona, Gómez, 1973.
11. ESQUIVEL MACEDO, Alejandro, La intervención del Notario en el Testamento, México, 1991.
12. FASSI, Santiago, Tratado de los Testamentos, volumen 1, Argentina,

13. FERANANDEZ AGUIRRE, Arturo, Derecho de los Bienes y de las Sucesiones, 2ª. Ed., José María Cajja Jr., México, 1992.
14. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, 7ª. Ed. Porrúa, México 1985.
15. GÓMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, 9ª. Ed., Harla, México, 1996.
16. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernensto, El Patrominio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad, José María Cajica, Puebla, 1972.
17. IBARROLA, Antonio, Cosas y Sucesiones, Porrúa, México, D.F., 1980.
18. IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, 6ª. Ed., Ariel, Barcelona, 1970.
19. LALINDE ABADIA, Jesús, Iniciación Histórica al Derecho Español, Ariel, Barcelona, 1974.
20. LOZANO NORIEGA, Francisco, Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos, 6ª. Ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1994.
21. SANCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, 6ª. Ed., Porrúa, México, 1982.
22. OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, 4ª. Ed., Harla, México, 1991.
23. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Panorama, 2ª. Ed., México 1993.

24. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Panorama, 2ª. Ed., México, 1991.
25. PALOMAR LEON, Jorge, Reflexiones sobre la Evolución Histórica del Derecho Sucesorio, México, 1981.
26. RIOS HELLING, Jorge, La práctica del Derecho Notarial, 2ª. Ed., Harla, México, 1997.
27. ROJINA VILLEJAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Bienes Derechos Reales y Sucesiones, Porrúa, México, 1980.

B. LEYES.

1. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 1997.
2. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, 1998.

C. OTRAS FUENTES.

1. Exposición de motivos de la Reforma al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Palacio Nacional, 11 de noviembre de 1993.
2. Iniciativa de Reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal y al

Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, Palacio Nacional, 11 de noviembre de 1993.