

CONSIDERACIONES SOBRE LAS CONDICIONES QUE PUEDEN PONERSE EN LOS TESTAMENTOS

Javier Arce Gargollo

1. INTRODUCCIÓN

“Derecho hereditario es aquella parte del Derecho privado que regula la situación jurídica que sigue a la muerte de una persona física. Desapareciendo con ella un sujeto de relaciones jurídicas, se hace necesario regular su suerte, determinar los efectos que sobre ellas produce el hecho de la muerte.”¹

“La sucesión a título universal es una de las construcciones técnicas más perfectas que los juristas romanos hayan legado a la posteridad” (De Cossío).²

Son *elementos de la sucesión*:

a) Un *conjunto de bienes y relaciones transmisibles* que pertenecían a una persona física. Incluye bienes (cosas y derechos), obligaciones y la posesión;

b) Que la persona física haya *fallecido*. A ésta se le llama autor de la herencia o *“de cuius”* abreviatura de *“is de cuius successione agitur”*;

c) Uno o varios *sucesores* que sustituyen la titularidad: sucesor, causahabiente, heredero, legatario, y

d) Una causa por la cual el sucesor sustituye al autor, es el llamado a la herencia, la vocación hereditaria.

Como los bienes del patrimonio responden de las deudas de una persona (art. 2964), quien recibe los bienes de la herencia también está gravado con las deudas. De este modo puede decirse que el autor de la herencia dispone de sus bienes, no de sus deudas, pero “la ley coloca al pasivo a cargo de quien recibe el acti-

¹ Cicu, Antonio, *Derecho de sucesiones*, traducción de José Manuel González Porras, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964, pág. 17.

² Citado por Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, común y foral*, 9ª edición, Editorial Reus, Madrid 1989, tomo 6, vol. I, pág. 63.

³ Todas las disposiciones que se citan en este trabajo corresponden al Código Civil para el Distrito Federal.

vo”.⁴ El artículo 1295 establece que el testamento es un acto por el que una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, no de sus obligaciones.

“La sucesión hereditaria no es una sucesión en el patrimonio del causante como un todo, ni tampoco una *universitas iuris*, ni aún en una cosa compleja, sino el ingreso a una situación jurídica completamente nueva y de propio sentido que sólo comprende al patrimonio del causante con numerosas reservas y cambios. Por medio de la sucesión aparecen para el heredero relaciones que no existían ni en germen en la persona de dicho causante, y que desde ningún punto de vista pueden ser contadas como formando parte de su patrimonio” (Binder).⁵

No sólo hay transmisión de las relaciones del autor de la herencia, sino modificación de éstas y creación de una situación nueva. Eventualmente se pueden constituir nuevos derechos reales o de crédito, cumplir deberes o imponer cargas a sus sucesores.

Son *situaciones nuevas* que no existían en el patrimonio del autor de la herencia y que pueden llegar a nacer por efecto del testamento, las siguientes:

a) El testador puede *gravar con legados* a herederos y legatarios (1394), de modo que el heredero o legatario pueden recibir los bienes de la herencia con una o más “cargas” (1284 y 1285);

b) El testador puede disponer que una persona sea heredera o legataria de un *usufructo* y otra de la *nuda propiedad*, con lo que a su muerte se constituye un usufructo (o un derecho de habitación), con las obligaciones propias del usufructuario (el art. 983 señala que el usufructo puede constituirse por herencia);

c) Los *legados de educación*, pensión, usufructo, uso o habitación se crean con el testamento y tienen efecto a la muerte del autor de la herencia (1466, 1468, 1469);

d) También, el autor de la herencia puede crear obligaciones nuevas a sus sucesores como el nombramiento de *tutor o curador testamentario* a los menores o a incapacitados (470, 475 y 673);

e) El testador puede ordenar que a su muerte se constituya un *fideicomiso* con determinadas características, pues éste puede ser creado por testamento (art. 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), y

⁴ Albaladejo, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, tomo V, sucesiones, 7ª edición, José M^º Bosch Editor, Barcelona, 1997, núm. 2.

⁵ Citado por Castán Tobeñas, *op. cit.*, vol. I, pág. 91.

f) Por medio del testamento se puede ordenar la constitución de una *institución de asistencia privada* con carácter de fundación (arts. 11 a 23 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal).

2. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

La sucesión testamentaria se basa en un acto jurídico que se llama testamento. Dice nuestro Código: “La herencia se defiere por la voluntad del testador o por la ley. La primera se llama *testamentaria* y la segunda legítima” (1282). La sucesión testamentaria prevalece sobre la sucesión legítima o intestada que, en este sentido, tiene carácter supletorio de la primera.

La facultad de disponer de los bienes para después de la muerte tiene a su favor el consentimiento universal en el tiempo y en el espacio. El fundamento está en el derecho de propiedad y en la institución de la familia. La configuración del testamento como acto jurídico *mortis causa* nos viene del Derecho Romano.

En principio el testador tiene libertad para hacer sus disposiciones testamentarias como lo juzgue más conveniente, dentro de los límites y con la forma que establece el ordenamiento jurídico, para que tenga eficacia. El testamento es un acto jurídico o negocio jurídico *mortis causa* o, como dice el Código, “para después de la muerte” (1295).

“Las normas de la autonomía privada tienen un contenido propio que las normas estatales determinan negativamente, sustrayendo al poder privado autónomo ciertas materias, ciertos grupos de relaciones que el Estado reserva a su regulación. El Estado no ha indicado fines, ni propuesto intereses a los que este poder debe servir; se ha limitado a señalar fronteras externas, esto es límites negativos” (Ferri).⁶

Por ejemplo, una persona no puede disponer libremente por testamento de todos sus bienes en España, pues la ley española señala como límites el que el testador no puede disponer de la parte que se llaman “la legítima” o las reservas; no es válida la disposición testamentaria por la cual se pretende que el heredero designe heredero a otra persona (1349); o la sustitución fideicomisaria para que el heredero trasmita a otra persona (1473) o la que le prohíbe

⁶ Citado por Arce y Cervantes, José, *De las sucesiones*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996, pág. 52.

enajenar (1482); y, es nula la disposición que obliga al heredero a tomar o dejar de tomar estado (1358).

3. EL TESTAMENTO

Nuestro Código lo define como: “testamento es un acto personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte” (1295).

“La perspectiva de la seguridad de la muerte es la luz bajo la cual va a decidir el testador sus últimas disposiciones. Buena perspectiva porque en ella, ante la gran verdad que es la muerte, ordinariamente no resisten los engaños del amor propio, la esquizofrenia de la hipocresía, los sentimientos ocultos de venganza o del resentimiento, la sensualidad disfrazada y nada de lo que es mentira o frivolidad.”⁷

Para la elaboración de los testamentos, el notario deberá tener presentes todas las posibilidades que el Derecho ofrece al testador, así como sus consecuencias. Pues aunque el “testamento es normalmente un acto de disposición de bienes, las formas prescritas para él pueden seguirse también para manifestar una voluntad no patrimonial”.⁸

Para cumplir con su cometido, *el notario deberá tener presente:*

a) Cuál es el *régimen de matrimonio* del testador en cuanto a sus bienes, para explicarle el efecto que tendrá cuando fallezca. Es decir, si hay sociedad conyugal, a su muerte se disolverá ésta y, en la generalidad de los casos, la mitad se aplicará a su cónyuge;

b) Las obligaciones que tiene el testador respecto a los hijos, cónyuge, padres, consanguíneos y las obligaciones alimenticias que le impone la ley para no caer en un *testamento inoficioso*;

c) Las diferencias entre *heredero* y *legatario*, para que se dé cuenta el testador de que el heredero podrá sufrir disminución de los bienes que herede por la obligación de pagar las deudas de la herencia;

d) La posibilidad de establecer *condiciones* para el nombramiento de heredero y de condiciones y términos para el legatario, y hacerle

⁷ Arce y Cervantes, José, *Reflexión sobre el testamento*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XII, vol. II, Madrid, 1981, pág. 533.

⁸ Cicu, Antonio, *El testamento*, traducción de Manuel Fairén Martínez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 15.

la observación de que estas modalidades son difíciles y pueden enturbiar la claridad de las disposiciones testamentarias;

e) La posibilidad de imponer *cargas* al heredero o legatario a favor de otras personas;

f) La institución de *sustituciones* hasta el infinito para herederos, legatarios, albaceas, tutores, curadores, principalmente a los dos primeros si no se quiere que una parte de la herencia sea causa de apertura de la sucesión legítima. En esta misma línea, la posibilidad del derecho de acrecer;

g) La existencia del *usufructo*, la habitación y la *nuda propiedad* como soluciones posibles;

h) La posibilidad e inconvenientes de la *copropiedad*, para una distribución de bienes a base de ciertos legados. En este sentido hay que recordar que el testamento es un acto “ordenador de bienes”;

i) La posibilidad de designar uno o varios *albaceas mancomunados* o sucesivos, así como la de nombrar ejecutores especiales;

j) Que es inútil relevar en el testamento la obligación del albacea de *caucionar* su manejo (1710) o decir que se le *prorroga* el plazo para que cumpla su encargo (1738);

k) El derecho que tienen los padres y ascendientes sobre los menores para *designar tutores* (470) y *curadores* (626);

l) Las posibilidades que puede prestar el *fideicomiso* con todas sus variantes, y

m) La facultad de hacer otras disposiciones testamentarias como reconocer hijos (369-IV), establecer rentas vitalicias, perdonar ofensas; *hacer recomendaciones*, por ejemplo: cómo debe ser el entierro o normas sobre la educación de los hijos.⁹

Es importante anotar que el notario no es un amanuense que deba escribir al dictado del testador, sino que es un asesor jurídico que debe conocer la voluntad del testador y traducir ésta a fórmulas jurídicas. El Código Civil señala que “*El testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al notario. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador...*” (1512).

El testador *expresa* y el notario *redacta*.

La voluntad del testador no debe provocar dudas, ni en lo posible estar sujeto a interpretaciones o litigios, debe haber certidumbre de la voluntad testamentaria. Esto se logra, en buena parte.

⁹ Cfr. Arce y Cervantes, José, *Reflexión sobre el testamento*, op. cit., págs. 537 a 539.

por medio del testamento público abierto, que es un documento redactado por un notario, que es un profesional del derecho.

“El testamento es un negocio *solemne* porque la voluntad testamentaria debe ser manifestada en una de las formas prescritas por la ley bajo pena de nulidad; se trata pues de formas *ad substantiam*.”¹⁰

“La declaración de última voluntad testamentaria, destinada a tener relevancia para la generalidad sólo después de la muerte de su autor, tiene un particular vehículo emisivo que se adapta como instrumento idóneo a la función propia del negocio, siendo adecuado para custodiar la declaración y llevarla al exterior únicamente al tiempo de la muerte del testador.”¹¹

4. MODALIDADES DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Las disposiciones testamentarias pueden ser *puras y simples*, o *tener modalidades*. El Código Civil contiene un capítulo que regula “las condiciones que pueden ponerse en los testamentos” y que contiene la mayoría de las normas sobre la condición, el término y el modo en los testamentos.¹²

“La disposición *mortis causa* es una liberalidad, y en las liberalidades es donde el derecho permite matizar de manera más sutil, porque quien brinda algo a otro sin pedirle nada a cambio, parece justo ofrecerle la posibilidad de que gradúe a su gusto los supuestos de eficacia o ineficacia de su voluntad, el fin y destino último de los bienes que cede y las limitaciones que ponga a quienes lo reciben (Royo Martínez).”¹³

Los *principios generales* que rigen a estas modalidades son:

a) Las modalidades en las disposiciones testamentarias, aunque en su regulación están referidas a la disposición de bienes (la ley menciona a los herederos y legatarios), se aplican a *cualquier disposición del testamento*, como al nombramiento de albacea;

b) El título del capítulo se refiere a las condiciones, pero los artículos regulan a la *condición, al término o plazo o al modo o carga*;

¹⁰ Cicu, Antonio, *El testamento, op. cit.*, págs. 37 y 38.

¹¹ Jordano Barea, J. A., *La interpretación del testamento*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, pág. 37.

¹² Las disposiciones de este capítulo (1344 a 1367) se repiten prácticamente con el mismo texto en todos los Códigos Civiles de la República Mexicana.

¹³ Rivas Martínez, Juan José, *Derecho de sucesiones, común y foral*, 2ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, tomo I, pág. 597.

c) “El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes” (1344);

d) En lo no previsto en el capítulo, las condiciones se rigen por las reglas de las obligaciones condicionales (1345, 1938 a 1952). Debía incluir a las normas sobre el plazo (1953 a 1960), y

e) Las modalidades en materia de obligaciones difieren de la relativa a testamentos.

“La obligación es condicional cuando su existencia o resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto” (1938).

Conforme a sus efectos la condición puede ser: *suspensiva* cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación (1939) o *resolutoria* cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si la obligación no hubiese existido (1940).

Hay que distinguir a la condición como acontecimiento de lo que es el motivo determinante de la voluntad (1813, 1301), que es la razón por la que una persona obra de determinada manera. En materia de disposiciones testamentarias, se conocen como instituciones *sub-causa*, aquellas en las que el testador *expresa el motivo* que determinó su voluntad. Si esta causa es la *única*, está *expresa* y es *errónea*, hace ineficaz la disposición (1301).

Es obligación a *plazo* aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto (1953). Entiéndese por día cierto aquél que necesariamente ha de llegar (1954).

Las *diferencias importantes* entre la condición y el plazo suspensivos son:

a) La condición es un acontecimiento incierto; el plazo es un acontecimiento cierto;

b) De la condición depende el nacimiento de la obligación o el efecto de una disposición; del plazo depende sólo el momento en que empiezan a surtir los efectos, y

c) La condición, salvo pacto, tiene efectos retroactivos, el plazo no.

5. LAS CONDICIONES EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

“El testador puede tener motivos para no atribuir a su disposición efecto incondicional e inmediato, sino subordinar el comienzo de su vigencia o su permanencia a la verificación de un evento

o a la aclaración de una duda.”¹⁴ Para que estos motivos se tomen en cuenta deben ser *expresos y formar parte de la disposición*, es decir, son inseparables de la disposición.

Hay un querer y un no querer al mismo tiempo, quiero si...; no quiero si... Es normal que se exprese la condición con la conjunción “si”. Por ejemplo, instituyo heredero a mi sobrino si termina la carrera de ingeniero; lego a mi sobrina mi casa si enviuda antes de mi fallecimiento.

Los acontecimientos que se establecen como condiciones pueden no ser tomados en cuenta por la ley, lo que significa que se tienen “por no puestas” y la institución es pura y simple; o anulan la institución, es decir que la disposición testamentaria no tiene efectos y, en todo caso, serán herederos o legatarios los sustitutos nombrados por el testador o por la ley.

Anulan la institución:

a) La condición física o legalmente imposible impuesta al heredero (1347). Por ejemplo, nombro heredero a mi sobrino si se asocia con una banda de delincuentes para robar automóviles, y

b) La de que el heredero o legatario hagan alguna disposición a favor del testador o de un tercero (1349), llamada captatoria. Incluye la sustitución fideicomisaria (1473, 1478).

Se tienen por no puestas:

a) La condición de no dar o no hacer (1355). Por ejemplo, designo heredera si no regala su casa a los testigos de Jehová;

b) La condición de no impugnar el testamento o una parte de éste (1355, 1490). Designo legataria de mi casa a mi hija siempre y cuando no promueva acción de nulidad contra este testamento o alguna de sus disposiciones;

c) La impuesta al heredero o legatario de tomar o dejar de tomar estado (1358). Designo heredera a mi sobrina si no se casa, y

d) La del día en que debe comenzar o cesar la institución de heredero (1380), nombramiento sujeto a plazo. Instituyo heredero a mi sobrino a partir de los dos años de mi fallecimiento.

La condición de tomar o dejar de tomar estado se refiere únicamente al matrimonio, no al estado eclesiástico (que la Ley de Aso-

¹⁴ Arce y Cervantes, José, *De las sucesiones*, op. cit., pág. 75.

ciaciones Religiosas no considera como estado, artículo 12), ni a ningún otro. La principal razón es que el artículo siguiente permite el establecer el usufructo, uso, habitación o pensión alimenticia mientras permanezca soltero o viudo, es una buena solución que se utiliza en la práctica. Se debe entender que se puede dejar cualquier tipo de pensión, no sólo alimenticia, que se rige por las disposiciones sobre legado de pensión alimenticia (1463, 1464, 1465) de educación (1466, 1467) y que el legatario hace suyas las prestaciones, no tiene efectos retroactivos (1363).

¿Cómo operan o se ejecutan las disposiciones sujetas a condición?

El heredero o legatario cuya institución está sujeta a condición tiene una situación en cierto modo provisional mientras la condición no se realiza. Siempre hay que pensar que existe otro heredero o legatario que ocuparán el lugar del heredero o legatario cuyo nombramiento está sujeto a condición. Este sustituto puede estar designado en el mismo testamento o ser el que la ley señala (legítimo).

a) Si la condición es *suspensiva*, el heredero (o legatario) no es heredero sino hasta que se cumpla la condición y, una vez cumplida, su designación se retrotrae al momento de la muerte del autor y hace suyos los frutos (1360). Mientras la condición se cumple, “la cosa legada permanecerá en poder del albacea y al hacerse la partición se asegurará competentemente el derecho del legatario” (1351). Esto se entiende para el heredero también, es decir que la sucesión conserva los bienes en administración para entregarlos al heredero sujeto a condición si ésta se cumple o al heredero sustituto, y

b) Si es *resolutoria*, el heredero (o el legatario) “ya es heredero, luego la herencia que tiene, la tiene porque es suya, si bien amenazada de resolución”.¹⁵ En principio, no hace suyos los frutos y debe entregarlos al heredero sustituto, si al cumplirse la condición deja de ser heredero, pues la regla es la retroactividad de la condición (1941). Como nada dice la ley, es conveniente resolver esto en la disposición testamentaria.

6. TÉRMINO O PLAZO

La institución de heredero no puede estar sujeta a plazo, *Semel heres, smper heres* (heredero una vez, siempre heredero). En caso de

¹⁵ Albaladejo, Manuel, *op. cit.*, pág. 249.

que el testador lo establezca, dicho plazo se tendrá por no puesto, y la institución de heredero se tendrá como pura y simple.

En nuestro Derecho, si se permite el plazo (suspensivo y resolutorio) para los *legados* (1702). El Código señala el caso del término suspensivo, de día cierto e incierto (art. 1364) y el resolutorio (1366). El plazo tiene siempre un día cierto que debe llegar, suspende el efecto de cuando empieza a surtir efectos (1953) o cuando termina de tenerlos (1954).

La modalidad del plazo supone la existencia de dos personas, el heredero que tiene la carga del legado sujeto a plazo y el legatario del legado.

a) Si el plazo es *suspensivo*, el que ha de entregar tiene la situación de un usufructuario (1364). Si es de prestación periódica, el heredero que ha de pagarlo hace suyos los frutos (1365), y

b) Si el plazo es *resolutorio*, el legatario se considera usufructuario (1366) y hace suyos los frutos hasta el día señalado (1367).

7. MODO O CARGA

“Hay institución de heredero o legatario con carga o *sub modo* cuando al instituido se le impone una cierta obligación, de manera que recibe la liberalidad, pero debe cumplir aquélla.”¹⁶

“Quien desea, al celebrar un negocio a título gratuito, *mortis causae o inter vivos*, que la ventaja patrimonial esté destinada, en todo o en parte, a un determinado fin, en interés propio o de un tercero, provee de ello disponiendo *sub modo*, es decir, imponiendo a la atribución patrimonial una carga, que es al mismo tiempo un límite (*modus*) obediente a aquella finalidad.”¹⁷

En la carga o modo el testador quiere que el heredero o legatario lo sea, pero que otra persona reciba un beneficio. Es necesario que el obligado a la carga sea heredero o legatario para que resulte obligado y pueda cumplir con lo que el testador le impone como carga, de modo que su institución no está sujeta a condición.

La carga, que puede ser impuesta al heredero o al legatario (por analogía 1394), es un medio útil para beneficiar a personas a quienes no conviene involucrar en el testamento como herederos

¹⁶ Albaladejo, Manuel, *op. cit.*, pág. 255.

¹⁷ Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de Martín Pérez, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 415.

o legatarios. Por ejemplo: lego a mi hijo la casa de Magnolia 18, colonia San Ángel Inn, con la carga de dar a su tía Amalia la cantidad mensual de \$300 dólares.

Regulación del modo en nuestro Código:

a) El testador puede gravar con legados a los herederos y a los legatarios (1394). Esta disposición se aplica, por analogía, para las cargas o gravámenes;

b) La carga puede ser una obligación *de dar* o una obligación *de hacer*. “Si la carga consiste en la ejecución de un hecho, el heredero o legatario que acepte la sucesión queda obligado a prestarlo” (1419);

c) Si la obligación no tiene plazo, se entiende el que sea conforme a su naturaleza, y si no puede señalarse, el albacea retiene la herencia o el bien (1362);

d) El heredero o legatario responden de la carga con la cantidad o bienes que reciben. Si el obligado a la carga renuncia, la carga “se pagará solamente con la cantidad a que tiene derecho el que renunció” (1418);

e) “La carga de hacer alguna cosa se considera como *condición resolutoria*” (1361), de modo que el obligado que no cumpla la carga pierde su carácter de heredero o legatario. Pueden exigir el cumplimiento: el albacea, los herederos y el beneficiario de la carga, y

f) Una forma importante de establecer cargas es señalar “*la aplicación que haya de darse a lo que se dejó al instituido*”.¹⁸ Por ejemplo, dejo a mi sobrina una cantidad de dinero para que repare la casa de su madre; nombro como legatario del saldo de una cuenta de inversión a mi hijo Juan para la manutención de mi hermana María.

8. LAS SUSTITUCIONES

Aunque no se trata de condiciones que pueden ponerse en los testamentos, las sustituciones tienen interés, pues la sustitución fideicomisaria que está prohibida por el Código Civil pudiera considerarse una condición para suceder.

“El testador puede nombrar un sucesor (heredero o legatario) en primer término y, para el caso de que no llegue a serlo, otro que

¹⁸ Albaladejo, Manuel, *op cit.*, pág. 256.

le sustituya, es decir, que resulte llamado a suceder *en vez de* aquél.”¹⁹ “Se trata, pues, de una institución normal (la del primero), y de otra *institución condicional* (la del segundo), consistiendo la condición en que aquél no sea heredero.”²⁰

Aunque nuestro Código regula la materia de las sustituciones referidas el nombramiento de heredero, se entienden aplicables a los legatarios (1391) y a cualquier nombramiento del testamento: albacea, tutor, curador, etcétera.

Hay dos clases de sustituciones: la *directa* o *subsidiaria*. En la primera, el sustituto recibe por defecto del primer llamado (*en vez de*) sólo se ejecuta una: hereda el instituido o el beneficiario, no ambos. En la *indirecta, sucesiva o fideicomisaria*, cuando el sustituto recibe la herencia “*después de*” el primer favorecido, heredan ambos, el sustituto entra después del instituido.

Regulación en nuestro Derecho:

a) Hay libertad para designar sustitutos para cuando mueran antes que el heredero, no puedan o no quieran (1472). La fórmula que consagra el uso dice: “por falta, renuncia o impedimento”;

b) Puede nombrarse un instituido y varios sustitutos; un sustituto para varios instituidos; o un sustituto para cada instituido, pueden ser nombrados *conjunta o sucesivamente* (1474);

c) Puede establecerse que a falta de heredero se nombren legatarios, o que a falta de legatario se establezca claramente que ese bien le corresponde al heredero; puede señalarse que a falta de heredero o legatario se constituya un fideicomiso y otras variedades;

d) Puede establecerse la sustitución recíproca que se conoce como *derecho de acrecer*, y

e) Principio muy importante es que los sustitutos reciben la herencia con los mismos *gravámenes y condiciones* con que debían recibirlos los herederos instituidos, es decir con las cargas, gravámenes y legados; no sucede así si es otra la voluntad del testador o si las cargas son personales del instituido (1476).

La sustitución fideicomisaria

Dice nuestro Código que “quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias” y cualquier otra distinta a la sustitución vulgar

¹⁹ Albaladejo, Manuel, *op. cit.*, pág. 256.

²⁰ Albaladejo, Manuel, *op. cit.*, pág. 258.

(1473).²¹ Son *sustituciones fideicomisarias* las que se dan en estos tres supuestos (1482):

- a) La prohibición de enajenar;
- b) Las que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia (de residuo), y
- c) El encargo de prestar a más de una persona, sucesivamente, cierta renta o pensión.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha señalado que la sustitución fideicomisaria “tiene lugar cuando el testador impone al heredero la obligación de conservar los bienes hereditarios y de restituirlos después de cierto tiempo o a su muerte, a otra persona”.²²

No son sustituciones fideicomisarias prohibidas:

- a) La disposición en que se designa sucesor del usufructo a una persona y de la nuda propiedad a otra (1479), y
- b) La que permite al padre dejar una parte o la totalidad de sus bienes a su hijo con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador (1480). Esta “sustitución” la permite la ley con estas circunstancias: sólo puede ser primer heredero el hijo y los nietos del testador (no a descendientes de ulterior grado 1481) quienes deben estar vivos al momento de la muerte del primer autor (no se rompe la continuidad, ni hay falta de personalidad, 1314). La solución que plantea la ley es que se trata de una *norma interpretativa* de la voluntad del testador y que lo que éste quiso es dejar la nuda propiedad a los nietos y el usufructo al hijo (para no considerarla sustitución fideicomisaria).

Las sustituciones fideicomisarias prohibidas por la ley se tienen por no escritas y, por tanto, no anulan la institución del heredero o legatario, sino que anulan solamente la sustitución o la institución del heredero o legatario sustituto (1478).

²¹ Esta sustitución fideicomisaria, que prohíbe nuestro Código, no debe confundirse con el *fideicomiso como figura mercantil* regulada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Mediante el fideicomiso, como institución que tiene su origen en el *Trust* anglosajón, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito cuya realización encomienda a una institución fiduciaria (que sólo pueden ser las autorizadas por la ley, como instituciones de crédito) para que el beneficio lo reciba una persona que se llama fideicomisario. Hay una gran variedad de fines del fideicomiso y de formas de constitución, entre las que se encuentra el llamado fideicomiso testamentario.

²² SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo III, pág. 1003.

9. EL FUTURO DEL DERECHO SUCESORIO Y DEL TESTAMENTO

a) El notario debe cuidar en los testamentos que las disposiciones testamentarias no den lugar a que se abra una sucesión legítima por no prever sustitutos en las instituciones de herederos, de legatarios, de albaceas;

b) También debe cuidar el notario que no existan disposiciones que puedan dar lugar a conflictos, porque una cláusula se preste a varias interpretaciones, sea oscura, incompleta, o no resuelva las cuestiones que se pueden presentar en su cumplimiento;

c) En algunos casos el notario debe señalar ciertas soluciones en el texto del instrumento que, aunque están en la ley, no sobra que consten en el testamento es un documento que será leído por herederos, legatarios y albaceas que no son peritos en Derecho. Por ejemplo, el mencionar que el legado de una casa no comprende a los muebles o menaje de casa; el que si la cosa legada no existe a la muerte del testador, el legatario no tiene derecho al precio;

d) Han aparecido recientemente nuevas formas de testamentos para disponer de ciertos bienes particulares como los bienes agrarios (arts. 18 a 20 de la Ley Agraria) o para la vivienda de interés social mediante el testamento público simplificado (art. 1549 bis del Código Civil). En este último caso interviene el notario;

e) La *Ley Agraria* señala la posibilidad de que *el ejidatario* designe sucesores sobre la unidad de dotación y otros derechos que tiene como ejidatario, en una disposición que se asemeja al testamento *ológrafo* pues debe depositarse en el Registro Agrario Nacional. La misma ley establece que si no hay disposición para después de la muerte hay un orden para suceder al ejidatario (sucesión legítima), siempre que el o los sucesores tengan la capacidad de ser ejidatarios, y

f) El *testamento público simplificado* está previsto en el artículo 1549 bis del Código Civil y algunos Códigos Civiles de los Estados de la República también lo regulan.²³ Este testamento es una manifestación de la tendencia que hay de autorizar la disposición *mortis causa* de ciertos y determinados bienes, como saldos en cuentas bancarias, derechos ejidales o patrimonio de familia:

²³ Regulan el testamento público simplificado los Códigos Civiles de Baja California Sur (1454 a 1460), Colima (871 bis y 1446 bis), Estado de México (1397 bis) y Sonora (1625 bis).

A) Se trata de un verdadero testamento ordinario, pero limitado al objeto de la disposición;

B) Sólo puede contener un legado de un bien inmueble destinado o por destinarse a habitación que tenga un valor de 25 años de salario mínimo del Distrito Federal;

C) Puede hacerse en la escritura de regulación de la propiedad, de compraventa o adquisición o en un instrumento que sólo contenga el testamento público simplificado;

D) Tiene ciertas ventajas en el procedimiento de aceptación de herencia y adjudicación.

g) El *testamento público abierto* es el testamento más usual en la práctica y el más perfecto ya que no requiere de la intervención judicial para declararlo formalmente válido, como el testamento público privado, el ológrafo o los especiales. Además, muchas veces su ejecución o cumplimiento puede llevarse ante *notario*;

h) Hay una tendencia en los Códigos Civiles de los Estados de la República a *suprimir los tres testigos instrumentales*²⁴ y sólo se han dejado dos testigos para determinados testamentos en los que el testador es ciego, sordo, no sabe o no puede firmar y, en forma opcional si así lo solicita el testador o el notario;

i) Las sucesiones se pueden *tramitar ante notario* si son testamentarias y los herederos son mayores de edad. Existe una tendencia en diversos estados de la República Mexicana para incluir a los notarios en los trámites de sucesiones intestadas si los herederos son mayores de edad;²⁵

j) El testamento y el Derecho sucesorio están asociados a la figura del notario desde hace muchos siglos. Esta tendencia seguirá en el futuro si el notario cumple con su función de experto en materia testamentaria y sucesoria.

²⁴ La supresión de los testigos en los testamentos ante notario se hizo en el Código Civil Español (23 de diciembre de 1991). Se han suprimido los testigos en el testamento público abierto que regulan los Códigos Civiles de los siguientes estados: Jalisco, Estado de México, Querétaro, Colima, Sonora, Veracruz y Baja California Sur. En estas legislaciones es opcional el que comparezcan dos testigos al testamento.

²⁵ Así lo regula el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Coahuila (arts. 873 y 876) y las leyes del notariado para el Estado de Coahuila (arts. 9-XIV y 62ª) y del Estado de México (art. 115-I).