

923
2ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"LA NATURALEZA Y FUNCIONALIDAD DEL
ALBACEA TESTAMENTARIO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
HUGO EDUARDO YAÑEZ MORETT



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA GENERAL DE
EXAMENES PROFESIONALES

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.,

1994

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A MIS PADRES, porque con su actuar cotidiano me han enseñado el camino de la honestidad, la herramienta más importante que le puede legar uno a sus hijos para forjar su destino.

A MI ESPOSA, por su incansable voluntad, siendo el mecanismo impulsor de mis aspiraciones, demostrándome siempre su incondicional comprensión.

A MI HIJO, porque ha sido la responsabilidad más afortunada que me ha encomendado Dios.

A MIS HERMANOS, porque su ejemplo profesional es un compromiso a seguir.

AL LIC. JAVIER TAPIA RAMIREZ, mil gracias porque sin su colaboración no se habría concretado este trabajo.

A LA FACULTAD DE DERECHO, por haberme dado la oportunidad de estar y pertenecerle; el orgullo y compromiso de representarle.

INDICE.

INTRODUCCION.....	1.
CAPITULO I. EL TESTAMENTO:	
Concepto de Testamento.....	4.
Antecedentes Históricos del Testamento.....	6.
Naturaleza Jurídica del Testamento.....	17.
Forma de los Testamentos.....	24.
Sujetos que Intervienen en el Testamento.....	35.
Objeto o Contenido del Testamento.....	43.
Citas de Referencia.....	45.
CAPITULO II. EL ALBACEA:	
Concepto de Albacea.....	48.
Antecedentes Históricos del Albacea.....	51.
Clasificación del Albacea.....	58.
Naturaleza Jurídica del Albacea.....	65.
Citas de Referencia.....	69.
CAPITULO III. FACULTADES Y DEBERES DEL ALBACEA:	
Aceptación, Renuncia y Excusas del Albacea....	71.
Capacidad Para Representar a la Sucesión del Albacea.....	78.
Rendición de Cuentas del Albacea.....	82.
Tesis y Jurisprudencia.....	89.
Citas de Referencia.....	93.
CAPITULO IV. TERMINACION DEL CARGO DE ALBACEA:	
Por Término Natural del Encargo.....	95.
Por Muerte del Albacea.....	96.
Por Incapacidad Legal Declarada en Forma.....	97.
Por Excusa que el Juez Califique de Legítima, con Audiencia de los Interesados y del Ministerio Público, Cuando se Interesen Menores o la Beneficencia Pública.....	98.
Por Terminar el Plazo Señalado por la Ley y las Prórrogas Concedidas para Desempeñar el Cargo.....	99.
Por Revocación de sus Nombramientos, Hecha por los Herederos.....	100.
Por Remoción.....	103.
Citas de Referencia.....	104.

CAPITULO V. REVOCABILIDAD DEL ALBACEA TESTAMENTARIO:	
Caracteres del Testamento.....	105.
Concepto de Revocabilidad.....	115.
Interpretación de las disposiciones Legales al Respecto.....	117.
Tesis y Jurisprudencia.....	121.
Citas de Referencia.....	127.
CONCLUSIONES.....	128.
BIBLIOGRAFIA.....	131.

INTRODUCCION.

La intención de este trabajo consiste en destacar la importancia de una figura que participa en toda sucesión a causa de muerte, el albacea, quien básicamente tiene dos fuentes; la primera y de mayor contundencia para nuestro punto de vista, se da cuando siendo designado por el testador, lleva a cabo lo ordenado por aquél conforme a derecho y; la segunda, cuando por cualquier otra causa lo nombra otra persona con facultades para ello.

Desde luego que para estar en posibilidad de ingresar al tema de nuestro trabajo, tenemos que hablar del acto que le da origen y posteriormente su consecuencia, siendo en este caso el presupuesto de aplicación que lo actualiza, la muerte del creador de ese acto, el testamento.

En ese sentido, la causa de muerte no es un elemento esencial del testamento, ya que éste nace por la sola voluntad de su creador, mientras que aquella lo actualiza si se cumplimentan las exigencias legales.

Al fallecer una persona encontramos que lo que conformaba su patrimonio y que no se extinguió a causa de su muerte, no puede pura y simplemente desaparecer, sino que debe ser transmitido a un causahabiente.

Conforme entremos a cada uno de los capítulos de este trabajo, haremos algunas críticas, con el único afán de manifestar nuestro punto de vista sobre todo aquello que a nuestro juicio tiene más de esencia que de forma.

Hemos de referirnos preferentemente a la sucesión testamentaria, pues el objetivo que perseguimos así no lo impone.

De este modo, en el Primer Capítulo nos ocuparemos del acto esencial, el testamento. Su concepto; evolución; naturaleza jurídica en nuestro derecho; formas; sujetos y objetos.

Ya en el capítulo siguiente, nos iremos compenetrando con la figura estelar de este trabajo. Y así, empezaremos por sus diversas conceptualizaciones; su evolución histórica; clasificaciones; desde luego su naturaleza jurídica.

En el Capítulo Tercero procuraremos destacar sus principales funciones, con sus consecuentes obligaciones y algunas tesis y jurisprudencias al respecto.

Ya en el Capítulo Cuarto trataremos una parte inexorable de nuestra propuesta, relacionada con la terminación del cargo.

Por su parte, en el Capítulo Quinto entraremos a la esencia de nuestra consideración, ya que analizaremos lo relativo a la revocabilidad del albacea testamentario, dejando en claro nuestros puntos de vista al respecto.

Finalmente, destacaremos algunas notas que consideramos importantes en la parte relativa a las conclusiones.

CAPITULO PRIMERO.

"EL TESTAMENTO"

A) CONCEPTO DE TESTAMENTO.

El artículo 1295 del Código Civil define al testamento de la siguiente manera:

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

El concepto legal citado omite algo importante, tal como nos lo hace ver el Licenciado Antonio de Ibarrola (1) al considerar que no se resalta la naturaleza jurídica del testamento, como declaración unilateral de voluntad.

Otro aspecto importante de considerar es el relativo a la disposición de bienes y derechos "Y" declaración o cumplimiento de deberes, que la propia definición así establece, de modo tal que parece negar toda posibilidad de hacer testamento sin disposición de

bienes, toda vez que la "Y" se puede interpretar de una manera conjuntiva, mas no disyuntiva, lo cual se contrapone a lo establecido en el artículo 1378 del Código Civil.

"Artículo 1378.- El testamento otorgado legalmente será valido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar."

Es decir que puede otorgarse testamento aun cuando el testador únicamente declara o cumple deberes para después de su muerte, en ese orden de ideas, pudiera agregarse la "O" disyuntiva ya que de ese modo el concepto se adecúa, dejando abierta cualquiera de esas situaciones.

En razón de lo que se ha comentado, pudiera conceptualizarse de la siguiente manera:

Testamento es un acto jurídico, unilateral, personalísimo, autónomo y revocable, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte y/o declara o cumple deberes para después de su muerte.

B) ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO.

Aparece como excepción a la sucesión legítima, ya que esta prevaleció en la antigüedad, dándose en los casos en que no había hijos varones o los mismos eran desheredados. "No se conoce texto legal romano que autorice o niegue el testamento antes de la Ley de las XII Tablas. Este texto consagró el derecho de la libre testamentifacción, de manera que todo ciudadano tenía facultad de disponer de sus bienes para después de su muerte y la expresión de su voluntad era considerada y respetada siempre que el testamento llenase los requisitos exigidos" (2).

Como podemos observar, la libertad testamentaria surge para subsanar la ausencia de representación familiar, cubriendo necesidades tanto religiosas como económicas; llegando a perfeccionarse como una concesión al individualismo y un respeto al derecho de propiedad, por lo que, a partir de ese momento, la familia deja de ser el principal origen y fundamento del derecho de sucesión, asociado a la idea de perdurabilidad, observando desde luego los casos de excepción, es decir, cuando la ley impone salvaguardar los derechos de terceros. Vgr. El derecho de alimentos.

En el Derecho Romano encontramos definido al testamento como un negocio jurídico unilateral de última voluntad, cuyo fin consistía en la institución de un heredero (3).

"la idea que dio origen al testamento, fue la de dar un hijo al que no lo tenía para que le representara, y por consiguiente, es lógico suponer, que al principio, el que tuviera hijos no pudiera hacer testamento; pero después fue introduciéndose la libertad de testar y tomó cuerpo la sucesión necesaria en sus aspectos formal y material. Posteriormente fueron apareciendo las distintas formas de testamento y las instituciones hereditarias, que son conocidas muy perfectamente por estar reguladas en los diferentes cuerpos legales" (4).

Así, existieron diversas formas de testar :

a) Calatis Comitibus (Comicios Convocados).- Era otorgado ante los comicios por curias convocadas para ése fin y en presencia de los pontífices, el testador dictaba su última voluntad. Los comicios intervinieron por que la sucesión comprendía la transmisión del culto privado y la del patrimonio (5). El testador declaraba ante los comicios su última voluntad, nombrando al que elegía como heredero de su culto privado y patrimonio,

ésto lo autorizaban los comicios, en los casos en que la persona llamada a suceder no fuese el heredero nato.

b) In Procinctu (En Combate).- El testamento militar del romano, se hacía delante de la legión, frente a sus compañeros de armas, de viva voz manifestaba su última voluntad; los compañeros servían de testigos y al mismo tiempo para recordar sus disposiciones. Este testamento tuvo modificaciones durante la época de los grandes emperadores, con el fin de otorgar mayores privilegios a la clase militar en servicio y su eficacia duraba un año.

"En el derecho justiniano, el testamentum militis no tiene ya ese carácter excepcional, en parte por que algunos de los privilegios señalados ya eran comunes a todos los testamentos, y en parte porque las condiciones del estado y de la milicia romanhelénica así lo requerían" (6).

Las anteriores formas de testar adolecían de serios defectos, ya que en la primera, las curias se reunían solamente dos veces por año, así que si por algún motivo un ciudadano no tenía el cuidado de aprovechar una asamblea para instituir heredero, podía morir intestado. Por lo que toca al testamento militar, sólo servía en tiempo de guerra y sus privilegios se

fueron adicionando a los testamentos ordinarios; entre esos privilegios se encontraban el de poder testar respecto a su peculio castrense (bienes filiales por razón del servicio militar o de las campañas); a favor de personas que carecían de la testamenti factio pasiva (aptitud jurídica para suceder a otra persona en sus bienes y en sus derechos) como el caso de los peregrinos, latinos etc; podía disponer de sólo parte de sus bienes para que el resto pasara a sus herederos por vía legítima, entre otros.

c) Mancipatorio (medio de adquirir la propiedad).- Esta nueva forma de testamento implica el reconocimiento de la libertad testamentaria; en ella culmina la idea de la propiedad privada individualista. El testador, ante la proximidad de su muerte, celebraba una compraventa ficticia de sus bienes con un amigo, en presencia de cinco testigos, rogándole que dispusiera de ellos como él le dictaba, mediante la tabulae testamenti, tablas de madera cubiertas de cera en las que se plasmaba su última voluntad (7).

En un principio, el familiae emptor (adquirente o comprador del patrimonio) adquiría la verdadera propiedad de la herencia, dejando a los terceros designados como legatarios, con los que se encontraba

obligado. Posteriormente, bajo una nueva modalidad de testamento mancipatorio, esos derechos de propiedad se dan sólo en apariencia ya que en el fondo no era más que ejecutor del testamento.

Este testamento tenía la ventaja de poderse otorgar en cualquier momento, superando con esto a los anteriormente citados, pero con el gran inconveniente de que por emanar de un acto bilateral, no podía ser revocable por la voluntad de una de las partes.

d) Tripartitum (Tripartito).- Nace de tres cuerpos jurídicos: derecho civil antiguo, derecho pretorio y de las constituciones imperiales.

Del derecho civil antiguo es tomada la presencia de los testigos y la exigencia de no interrumpir el testamento por ningún acto extraño a este; del derecho pretorio, el número de los testigos los sellos y la anotación del nombre de cada uno junto al sello; finalmente, de las constituciones imperiales se toma la suscriptio, es decir, que el testador debía escribir el nombre del heredero, con la finalidad de evitar fraudes (8).

En el Derecho Francés, el título de las sucesiones sólo se ocupa de la ab intestato, por lo que para

encontrar la regulación de los testamentos, es necesario recurrir al libro III, título II, denominado "De las donaciones entre vivos y de los testamentos"; dentro de dicho título, del Código de Napoleón, en el capítulo primero encontramos las disposiciones generales, en las que se establece que no podrán disponer de los bienes a título gratuito, más que por donación entre vivos o por testamento a través de las formas establecidas en el mismo.

Ya en el capítulo quinto, dividido en ocho secciones, se regulan las disposiciones testamentarias. En la sección primera se observan los lineamientos de los testamentos ordinarios; en la segunda para los especiales o privilegiados; la tercera maneja la clasificación de los legados en universales, a título universal y a título particular; la cuarta, quinta y sexta, tratan en lo particular los legados antes mencionados; la séptima regula a los ejecutores testamentarios y, por último, la octava prevé la revocación y caducidad de los legados.

Se regulan diferentes formas de testamento, divididas en dos rubros; ordinarios y especiales. Dentro de los ordinarios encontramos al testamento público, al ológrafo y al místico.

El más común es el público, siendo necesario presentarlo ante dos notarios, en presencia de dos testigos o, ante un notario en presencia de cuatro testigos; deberá ser dictado por el otorgante y escrito por el notario, posteriormente se le dará lectura ante la presencia del otorgante y sus testigos, expresándose en el mismo que se han cumplido todas las formalidades exigidas. Se concluye con la firma de los que en el intervinieron.

En cuanto a la capacidad para ser testigos, la ley señala quienes no pueden serlo; los legatarios, los parientes de éstos hasta el cuarto grado, el cónyuge, las personas que trabajan para el notario ante el cual se otorgó.

Los testamentos especiales son: El testamento militar; el hecho en un lugar en el cual las comunicaciones son interceptadas por causa de contagio; el testamento hecho en el mar y el testamento hecho en país extranjero.

En el Derecho Español, dentro de la Ley de las Siete Partidas, se menciona sobre los testamentos y las herencias, dándole gran importancia al testamento ya que a través de éste, el individuo dispone de lo suyo de la

manera que estima conveniente y de conformidad con su plena voluntad (9).

Se exigían diversas formalidades, dependiendo del tipo de testamento, tales como una vez iniciado el testamento ante la presencia de los testigos, debiendo ser siete, al testador no se le interrumpía por ningún hecho ajeno hasta que concluyera. Solo podía interrumpirlo, precisamente el testador, cuando tuviere necesidad de hacer algo particularmente necesario, para posteriormente proseguir.

Cuando no se cumplían las formalidades establecidas, se invalidaba el testamento otorgado, por lo que la característica predominante era la solemnidad.

Se podía elaborar sobre cualquier material en el que quedara plasmado por escrito, asimismo se permitían las copias necesarias para evitar la desaparición de las disposiciones de última voluntad del otorgante. Quedándose con una copia y las otras se debían colocar en un lugar seguro, ya en una iglesia o en manos de un amigo.

Se encontraban impedidos para ser testigos, los condenados por sentencia de difamación, robo u homicidio, las mujeres, los menores de catorce años, los

siervos, los mudos, los sordos, los locos y los pródigos.

La institución de heredero constituía el fundamento y razón esencial del testamento, toda vez que significaba establecer un hombre que se convirtiera en dueño, ya de una parte o de la totalidad de los bienes del testador.

No debería existir duda alguna acerca de la persona nombrada a heredar, es decir, debía contener su nombre, sobrenombre o cualquiera otra circunstancia que lo identificara para no abrigar duda alguna sobre la misma que quiso elegir el autor del testamento.

El error invalidaba la institución de heredero, pero si se encontraban elementos que confirmaran la identificación del designado, adquiriría plena validez.

Cualquier persona podía ser instituido como heredero inclusive los siervos, siempre y cuando su señor fuera libre.

Por otra parte, existieron las mandas y los condicilios como formas específicas de disposición de última voluntad. Las primeras podían consignarse en el propio testamento o hacerse por escrito ante cinco testigos; eran con la intención de beneficiar a alguien

con quien tenían alguna deuda de cariño; por amor a Dios o para bien de su alma. Los condicilios eran escritos pequeños que hacía el testador después de otorgar su testamento o, aún antes, con la intención de aumentar, disminuir, modificar o cambiar alguna de las disposiciones hechas en el testamento (10).

Dentro de la Novísima Recopilación se regulan formas para otorgar testamento; el otorgante debía acudir ante un escribano público con tres testigos, debiendo ser vecinos del lugar. También podía otorgarse sin la presencia del escribano, pero para el caso era necesario que los testigos fueren cinco, los cuales debían ser vecinos del lugar de su otorgamiento.

Además, la institución de heredero ya no es un elemento esencial en esta legislación, toda vez que las disposiciones hechas mediante las formas establecidas, tenían validez aún cuando no existiera heredero o cuando el nombrado no aceptara la herencia; siendo plenamente válido el testamento otorgado (11).

En nuestro derecho, en el Código Civil de 1870, se restringía la libertad de testar, respetándose la sucesión legítima en el sentido de que el autor de la sucesión únicamente podía disponer, mediante testamento,

de la quinta parte de sus bienes, pasando las restantes a sus parientes consanguíneos.

Este principio se trasladó del derecho español, que a su vez fue asimilado del derecho romano, Ley de las XII Tablas, en el que se salvaguardaban los derechos de los herederos forzosos (12).

Es en el Código Civil de 1884 en donde se instituye por primera vez la libre testamentifacción en su sentido más amplio.

Retomando el Código de 1870, prevé diversas formas de testamento, clasificándolos en público y privado. Público era aquel que se otorgaba ante notario y testigos idóneos, extendiéndose en papel de sello correspondiente.

Era abierto al ser dictado, de modo claro y terminante, por el testador ante la presencia de tres testigos y el notario, el cual redactaba las cláusulas por escrito, para posteriormente leerlas al otorgante, el que debía manifestar su conformidad firmando en la misma junto con los que habían intervenido; asentándose el lugar, la hora, el día, el mes y el año de su otorgamiento.

Era cerrado cuando el testador declaraba que su última voluntad se encontraba contenida en los pliegos o sobres que presentaba, tanto al notario como a los testigos.

Privado, era el otorgado ante testigos idóneos, sin la presencia del notario público.

El notario y los testigos que intervenían en el testamento debían conocer al testador o certificar de algún modo su identidad, asentando que se hallaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción.

Como aportación importante del Código de 1884, en cuanto al tema se refiere, fue la libre testamentifacción. Por lo que toca a considerar a la herencia no sólo desde el aspecto patrimonial sino en todos los derechos y obligaciones, esto se dio hasta nuestro actual Código.

C) NATURALEZA JURIDICA DEL TESTAMENTO.

Antes de abordar el tema, creemos conveniente aclarar que al respecto existe controversia, por lo que sólo trataremos las corrientes más trascendentes y las oposiciones a las mismas.

1.- Quienes lo consideran como un Contrato; "Fildermann, en su obra Les successions en droit comparé, sostiene que la sucesión voluntaria o legal es un contrato, y le define como un contrato a causa de muerte, por el cual una persona transmite su patrimonio gratuitamente a otro que lo recibe; y le califica de unilateral, gratuito, solemne o consensual, según que se forme u origine por testamento o por la ley. Para este escritor, y para los que como él piensan, el derecho de testar no es más que el derecho de contratar, el cual no puede suprimirse sin suprimir la propiedad, ..." (13).

El Dr. Calixto Valverde y Valverde criticó esta postura diciendo que no existe convenio en ese acto, cuando una de las partes, el heredero, no tiene conocimiento en la mayoría de los casos de que lo es, pues el testador hace su declaración sin traba alguna, y el sucesor es libre de aceptar o no lo dicho por aquél.

Si bien critica esta teoría, con lo que estamos de acuerdo, no lo hace en la forma adecuada ya que le da importancia al manifestar que el heredero en la mayoría de los casos desconoce que lo es; lo cual creemos intrascendente ya que para el nacimiento del testamento sólo cuenta la voluntad de su autor, lo que de alguna manera compone al decir que el testador hace su

declaración sin traba alguna pero, finalmente recae al decir que el sucesor es libre de aceptar o no lo dicho por aquél.

Para soportar nuestra crítica, expresaremos a la letra el artículo 1378 del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

ARTICULO 1378. El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

Insistimos, nuestra crítica es en el sentido de que no se le debe dar importancia a la figura del heredero o de cualquiera otro que no sea el testador, en virtud de que la voluntad de éste es lo que da origen al testamento.

A contrario sensu, nuestra legislación prohíbe los testamentos mancomunados o conjuntos, artículo 1296, determinando con esto que son actos de una sola voluntad.

En base a lo anterior, creo que la forma más sencilla de demostrar que no es un contrato, es que éste es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, mientras que el

testamento sólo puede nacer con la voluntad del testador.

2.- Obligación Condicional, comenzaremos por dar su definición: "Aquellas cuya eficacia está subordinada a que se realice o no un hecho futuro e incierto" (14).

Clemente de Diego dice al respecto que el testamento no es una obligación condicional porque el testador a nada se obliga, ni con nadie se compromete al hacer el testamento y lo puede revocar cuando quiera (15).

Aún cuando los comentarios del autor son válidos, creemos que no atacan directamente la diferencia que existe en la naturaleza de los mismos, ya que si bien es cierto que el testador a nada se obliga, ni con nadie se compromete, es en razón de que como dice Traviesas "no es exacto que el testamento se repunte hecho a la hora de la muerte del testador y para después de ella, como lo demuestra la circunstancia de que el testador puede tener perturbadas sus facultades mentales en el momento de ocurrir el fallecimiento y, no obstante esto, el testamento tiene plena validez. Basta pues, que el testador se halle en el ejercicio de su razón en el momento de otorgar el testamento. Lo único que puede decirse a este respecto, escribe TRAVIESAS, es que el

testamento no despliega toda su eficacia sino después de la muerte del testador" (16); es por la naturaleza del acto como declaración unilateral de voluntad; no así la obligación condicional ya que esta requiere la relación jurídica establecida entre dos personas, aunado a un acontecimiento futuro e incierto para su realización.

En resumen, la naturaleza del testamento se da con el otorgamiento del mismo, el cual sólo requiere la voluntad de su autor, siempre y cuando la norma jurídica ampare esa manifestación de voluntad, y su vigencia se encuentra supeditada a que no exista revocación tácita o expresa.

Por otra parte, si el nexo que se pretendió encontrar entre la obligación condicional y el testamento es en cuanto a sus consecuencias, dependiendo de un hecho futuro; también es erróneo, ya que la muerte es un acontecimiento futuro, pero de realización siempre cierta, pensar lo contrario sería ir en contra de las leyes de la naturaleza.

Por el contrario, la obligación condicional requiere de un hecho futuro e incierto, lo que quiere decir que puede o no darse.

3.- Como Negocio Jurídico Completo; al respecto opina Traviesas "el testamento otorgado en las condiciones que la ley expresa no es proyecto, sino negocio jurídico completo. Lo querido por el testador al amparo de la ley, consiguientemente, tiene plena validez como acto de última voluntad, sin necesidad de que factor ninguno venga como a yuxtaponerse a la declaración de voluntad testamentaria después de otorgada ésta. El testamento es, en este sentido, un acto acabado, sin que la muerte cambie en nada el querer contenido en la declaración testamentaria, que tiene existencia y vigor jurídicos antes de la muerte del testador" (17).

Aún cuando estamos de acuerdo con el autor en comento, no creemos que se adecúe a lo establecido por nuestra legislación vigente; ya que el término negocio jurídico proviene de la doctrina alemana, la cual no influyó en la concepción de nuestro Código Civil.

4.- Acto Jurídico Unilateral, porque este comprende la manifestación de la voluntad que se hace con la intención de crear consecuencias jurídicas; unilateral en cuanto a que solo interviene en su creación la voluntad del testador.

El testamento es un acto jurídico unilateral, ya que la manifestación de voluntad del testador va encaminada a surtir los efectos jurídicos que la ley establece para este tipo de actos para cuando su autor haya fallecido, parte de la doctrina se ha manifestado en el sentido de considerar al testamento como un acto imperfecto, o como un simple proyecto el cual se convierte en perfecto al momento de la muerte del testador, basándose para ello en el hecho de que el testamento por naturaleza es un acto eminentemente revocable.

Desde otro punto de vista, surgen las ideas de considerar al testamento como un acto perfecto, ya que contiene los elementos de existencia de todo acto jurídico y que solamente sus efectos son los que se encuentran subordinados al fallecimiento de su autor, resaltando de esta manera que el testamento es un acto mortis causa, sin que por ello podamos considerarlo como un simple proyecto.

Agregaríamos que es un acto sui generis, por las características esenciales diferentes a los demás actos unilaterales:

a) Presenta una regulación específica en la ley, constituyendo los títulos segundo y tercero del Libro Tercero del Código Civil;

b) Es un acto personalísimo investido de una gran variedad de formalidades;

c) Al crearse no obliga a nada al testador;

d) Su objeto o contenido presenta caracteres tanto patrimoniales, así como extra patrimoniales;

e) Es un acto mortis causa, ya que surtirá sus efectos para después de la muerte de su autor;

f) Produce por lo tanto derechos y obligaciones para los herederos y legatarios, únicamente después de la muerte del testador;

g) Por la creación de un nuevo testamento, el anterior queda revocado por ministerio de ley, salvo que el testador disponga lo contrario expresamente.

D) FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

El artículo 1499 del Código Civil a la letra dice "El testamento, en cuanto a su forma, es ordinario o especial."

De acuerdo al precepto legal invocado, los testamentos se clasifican en ordinarios y especiales; siendo los primeros aquellos que se otorgan en situaciones normales, exigiendo la ley para su otorgamiento formas comunes; por el contrario, los testamentos especiales son los permitidos por la ley cuando el testador se encuentra en circunstancias excepcionales, siendo estas las que le impiden otorgar cualquier de los clasificados como ordinarios y que más adelante señalaremos.

Por lo anterior, se puede establecer que únicamente se puede otorgar algún tipo de testamento especial, adecuándose al caso concreto, cuando existe impedimento para su autor en otorgarlo en alguna de las formas ordinarias.

1.- Ordinario:

A) Público abierto, cuando el testador declara oralmente ante notario público su última voluntad, de manera clara y terminante. El notario redactará las cláusulas del testamento, en estricto apego a la voluntad de su autor y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme; de resultar así, firmarán la escritura el testador, el notario y, en su caso, los testigos y el intérprete.

Consideramos que lo que lee el notario es un proyecto, el cual una vez aprobado por el interesado, se eleva a escritura pública.

Por otra parte, de conformidad con la redacción del artículo 1513 de nuestro Código Civil, lo cual es una de las reformas decretadas el 17 de diciembre de 1993 y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de enero de 1994, "En los casos previstos en los artículos 1514, 1516 y 1517 de este Código, así como cuando el testador o el notario lo soliciten, dos testigos deberán concurrir al acto de otorgamiento y firmar el testamento". Dicha innovación a nuestro entender es lógica, ya que solo para casos concretos, y que veremos a continuación, se requiere la presencia de testigos; y no como se imponía con anterioridad para todos los casos. Pues el hecho de otorgarse ante un notario implica realizarlo ante alguien que tiene fe pública, siendo irrelevante, salvo casos concretos, la comparecencia de terceros.

Ahora bien, en que casos se requiere la presencia de dos testigos:

Es importante señalar que fueron reformados, entre otros, los artículos 1514 y 1517; no así el 1516.

"1514.- Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, uno de los testigos firmará a ruego de los testador y éste imprimirá su huella digital."

"1516.- El que fuere enteramente sordo; pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiese hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre." En este caso se debe desprender que la persona que lo haga será uno de los testigos.

"1517.- Cuando el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer, se dará lectura al testamento dos veces; una por el notario, como está prescrito en el artículo 1512, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe."

Su fundamento se encuentra en los artículos 1511 a 1520 del Código Civil para el Distrito Federal.

B) Público cerrado, es aquel en el que su autor o alguna persona a su ruego, dispone en un documento privado lo que constituye su última voluntad, debiendo firmar al calce y rubricando todas las hojas que lo componen, ya sea él o la persona que lo escribió a su solicitud; colocándolo en pliego cerrado y sellado.

En este tipo de testamento también se requiere la intervención del notario y los testigos, pero sólo al momento de exhibirlo y depositarlo ante el propio fedatario, debiendo firmar sobre la cubierta que lo contiene el testador o la persona que lo redactó a su ruego, los testigos y el notario, el que deberá poner su sello, dando su fe respecto de el autor del testamento, quien debe manifestar que en dicho sobre se encuentra su última voluntad.

Su fundamento se encuentra en los artículos 1521 a 1549 de nuestro Código Civil.

C) 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 consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

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 las 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 respecto de su porción, 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 les serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713, 1770 y demás relativos a 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.

D) Ológrafo, el que es escrito y firmado de puño y letra del testador, quien al momento de otorgarlo debe de contar con la mayoría de edad; requiriéndose hacer por duplicado y constando en cada ejemplar la huella digital de su autor, así como el día mes y año en que se otorgue; depositándose en el Archivo General de Notarias personalmente por el otorgante, asentando en el sobre que lo contiene dentro del mismo en su testamento; indicándose el lugar y la fecha en que se hace el depósito y firmando el testador y el encargado de la oficina; así como los testigos de identificación, en su caso.

Su fundamento se encuentra en los artículos 1550 a 1564 del mencionado Código Civil.

2.- Especial:

A) Privado, "El testamento privado puede ser escrito u oral en ambos casos es válido; pero para que se acepte la manifestación verbal se requiere que haya una imposibilidad absoluta de que el testador o los testigos redacten por escrito las cláusulas del testamento" (18).

Este como los demás testamentos especiales, se puede otorgar cuando existe imposibilidad de realizar cualquiera de los clasificados como ordinarios; pero en especial se refiere cuando existe un inminente peligro de muerte, derivado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo a que concurra el notario o que no haya notarios en la población o juez que actúe por receptoría, o habiendo uno u otro, sea imposible o difícil que asista al otorgamiento del mismo. De igual forma, se establece esta posibilidad a los militares o asimilados al ejército, cuando entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Es permitido en los casos antes señalados, siempre y cuando el testador no le sea posible hacer testamento ológrafo.

Este testamento es redactado por el otorgante ante cinco testigos o tres por lo menos, los cuales deben ser idóneos, es decir reunir los requisitos que la ley establece para todo testigo, a contrario sensu, que no se encuentren dentro de los que enumera el artículo 1502 del Código Civil y que a saber, para el caso concreto, son:

I. Los menores de dieciséis años;

II. Los que no estén en su sano juicio;

III. Los ciegos, sordos o mudos;

IV. Los que no entiendan el idioma que habla el testador;

V. Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso de los testigos 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.

VI. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Pudiendo redactarlo el testigo en el caso de que el testador no pueda hacerlo; aún más, puede omitirse este requisito en el supuesto de que ninguno de los testigos supiera escribir, en el entendido de que se trate de un caso de suma urgencia.

Sólo producirá efectos, si el testador muere dentro de un mes de desaparecida la circunstancia que dio lugar a su otorgamiento.

Como se observa, la ley da todo tipo de facilidades para que nadie se quede sin testar y en esto consiste el carácter de especial de este tipo de testamentos.

Su fundamento se encuentra en los artículos 1565 a 1578 del multicitado Código Civil.

B) Militar, los militares o asimilados al ejército pueden otorgarlo, al entrar en acción de guerra, estando prisioneros o estando heridos en el campo de batalla.

Su fundamento se encuentra en los artículos 1579 a 1582.

C) Marítimo, es el que se otorga en alta mar a bordo de embarcaciones de la marina nacional, sean de guerra o mercantes y de acuerdo con las formalidades a que se refiere el capítulo VII de este título. Se extenderá por escrito ante dos testigos y en presencia del capitán de la nave.

Su fundamento se encuentra en los artículos 1583 a 1592 del ordenamiento en comento.

D) Hecho en país extranjero, es válido en el D.F., conforme a lo dispuesto por el artículo 1593, si cumple con las formalidades que exige la ley del país donde se otorgó. Los nacionales mexicanos podrán otorgar su testamento conforme a las leyes mexicanas en el caso de que sus disposiciones deban ser ejecutados en el D.F. Los secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de acuerdo con las disposiciones del capítulo VII de este título.

Propiamente, el testamento hecho en país extranjero no es especial. Se trata solamente de la aplicación en este caso particular de la regla de derecho internacional privado que enumera el artículo 15 del código en comento que a la letra dice: "No se aplicará el derecho extranjero:

I.- Cuando artificialmente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II.- Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano."

Su fundamento se encuentra en los artículos 1593 a 1598 del Código de mérito.

E) SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL TESTAMENTO.

Antes de tratar de conceptualizar a las personas que de alguna manera intervienen en el testamento, es conveniente aclarar que sólo el testador, al realizar su obra material "testamento", es quien realmente interviene en el mismo; el notario, en su caso y los testigos participan en la forma, pero no determinan en ningún caso la voluntad de su autor.

Ahora bien, los sujetos que intervienen con posterioridad al supuesto para que surta sus efectos ese acto jurídico, es decir a la muerte del testador, en

nada interfieren en la voluntad que tuvo su creador, pero desde luego que los señalaremos más adelante por ser de gran importancia.

Por lo anteriormente expuesto, podemos distinguir dos momentos que particularizan al testamento; el primero, la creación del mismo, en donde sólo interviene su autor y el segundo, el que determina la eficacia del acto, o sea, el surgimiento de sus efectos por la muerte de su autor.

El testador.

La ley no define al testador y únicamente utiliza sinónimos cuando habla de él al llamarlo difunto, autor de la herencia, autor de la sucesión. Pero creemos que estas carecen de sentido, al menos en lo que se refiere a la sucesión testamentaria y que es precisamente la que nos ocupa, por lo que sólo utilizaremos estas expresiones al referirnos al segundo momento, distinguiendo con esto a la primera etapa en donde lo mencionaremos como testador o autor del testamento.

En base a lo anterior, trataremos de definirlo de la siguiente manera: Es la persona física, capaz, mayor de dieciséis años y en algunos casos de dieciocho (testamento ológrafo) que personalmente, de manera libre

y en pleno uso de sus facultades mentales en el momento de otorgar testamento, dispone de sus bienes, derechos y obligaciones, en la forma que mejor le parezca y/o declara o cumple deberes para después de su muerte.

Ahora nos referiremos a las personas que participan en lo que hemos llamado la segunda etapa:

El heredero.

El Código Civil en su artículo 1284 establece que es heredero aquél quien adquiere a título universal, respondiendo de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda.

Que el heredero adquiere una universalidad de bienes, significa que sucede al autor de la herencia en todas las relaciones que tenía cuando se encontraba vivo y que responde o tomará a su cargo tanto el activo como el pasivo de la persona a la cual esta sucediendo, sin que este último exceda del primero, es decir que adquiere la herencia a beneficio de inventario.

Al decir del licenciado José Arce y Cervantes el heredero es "el sustituto del de cujus en la titularidad de su patrimonio (ya sea en su totalidad o en parte alcuota del mismo), sub-entrando en su lugar, vinculándolo ese carácter con todas las relaciones que

tenía el autor de la sucesión, convirtiéndose, por lo tanto, en el principal obligado de las deudas del mismo (hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda)" (19).

En virtud del importante papel que adquiere el heredero a la muerte del testador, la ley establece una serie de requisitos para su designación, como son el hecho de que únicamente puede ser instituido por su autor a través del testamento (cualquiera que sea la forma que el testador quiera utilizar, para manifestar su última voluntad) imponiendo como sanción para el caso de que sean nombrados ya sea en memorias o en comunicados secretos la nulidad de la institución; a decir del artículo 1484 del Código Civil "Es nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos."

La ley también le exige al testador que haga la designación, individualizando perfectamente a las personas que nombre como herederos, para que al momento de su muerte no se presenten los problemas relacionados con la determinación y certeza de quien deba sucederle.

Aún cuando quien determina si son herederos o legatarios no es el testador, ya que como veremos al transcribir los siguientes artículos, es la ley quien lo

hace, dependiendo del papel que estos desempeñen al sucederle al testador, en relación directa con la forma en que hereden.

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

"Artículo 1382.- El heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario."

El legatario.

Es la persona nombrada por el testador para recibir una cosa o un bien a título particular o algún hecho o servicio determinado, ya a título gratuito o estableciéndole alguna carga que deberá cumplir para tal efecto.

Como podemos ver, la diferencia que existe entre el heredero y el legatario radica en que el primero, adquiere una universalidad y el segundo, en contraposición, adquiere un bien o conjunto de bienes específicos. Asimismo, el heredero responderá del pasivo de la herencia hasta donde alcancen los bienes que está heredando; el legatario no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador. A excepción de que como lo dispone el artículo 1764 "Los acreedores que se

presenten después de pagados los legatarios, solamente tendrán acción contra éstos cuando en la herencia no hubiere bienes bastantes para cubrir sus créditos." Y el artículo 1285 "El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos."

Creemos que la obligación subsidiaria que tiene el legatario con los herederos, se refiere precisamente a que no haya bienes bastantes en la herencia para cubrir las deudas del testador; por lo que habiéndolos no está obligado a responder con lo que se le ha legado.

El albacea.

Sólo lo mencionamos ya que será objeto de amplio análisis en los capítulos subsecuentes, por ser el objeto primordial del presente trabajo.

Acreeedores de la herencia.

"Los acreedores de la herencia son los sujetos privilegiados del derecho hereditario, dados los fines específicos que persigue esta rama del ordenamiento jurídico. Todo el activo hereditario queda destinado preferentemente a cubrir el pasivo de la sucesión, de tal manera que los herederos deberán pagar a beneficic

de inventario el importe de las obligaciones a cargo de la herencia. Si el activo de los herederos fuera insuficiente y hubiese legatarios, estos responderán subsidiariamente con los herederos y hasta el límite de sus legados. En consecuencia, ni aún los legatarios preferentes podrían eludir dicha responsabilidad subsidiaria" (20).

La ley establece la prelación de los créditos en los artículos 1754 al 1762 del Código Civil; así el artículo 1754 establece "En primer lugar, serán pagadas las deudas mortuorias, si no lo estuvieren ya, pues pueden pagarse antes de la formación del inventario."

El 1757 "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 del inventario."

El 1759 "En seguida se pagarán las deudas hereditarias que fueren exigibles."

El artículo 1762 establece "Los acreedores, cuando no haya concurso, serán pagados en el orden en el que se presenten; pero si entre los no presentados

hubiere algunos preferentes, se exigirá a los que fueren pagados la caución de acreedor de mejor derecho."

Es decir, que si hay algún crédito preferente se deberá pagar primero, haciéndose efectiva la caución exigida a los pagados con antelación.

Por último, se procederá a pagar los legados y si posteriormente resultará una deuda, los acreedores tendrán acción contra los legatarios, pero será en forma subsidiaria con relación a los herederos.

Los deudores de la herencia.

Son aquellos que por alguna razón quedaron pendientes de cubrir algún crédito con relación al de cujus y que por lo tanto deberán ser demandados por el albacea o, en su caso, estos deberán concurrir al albacea para efectuarle los pagos, debiendo ser esto por mediación del albacea, ya que en ningún caso pueden realizar el pago a los herederos, ni a los acreedores de la herencia, toda vez que el activo y el pasivo son dos relaciones totalmente independientes entre sí.

Acreedores de los herederos y legatarios.

El artículo 1673 del Código Civil nos dice: "Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus

acreedores, pueden éstos pedir al juez que los autorice para aceptar en nombre de aquél."

En este caso la ley concede la llamada acción oblicua al acreedor, para que en nombre del heredero acepte la herencia, pero sólo hasta el importe de su crédito y así lo establece la ley en su artículo 1674 "En el caso del artículo anterior, la aceptación sólo aprovechará a los acreedores para el pago de sus créditos; pero si la herencia excediere del importe de éstos, el exceso pertenecerá a quien llame la ley, y en ningún caso al que hizo la renuncia."

Este beneficio o derecho obtenido por el acreedor sólo puede ser si su crédito es anterior a la repudiación, tal y como lo establece el artículo 1675 del Código Civil.

F) OBJETO O CONTENIDO DEL TESTAMENTO.

La disposición testamentaria como manifestación de última voluntad, presenta un objeto amplísimo que abarca desde la disposición de todos los bienes de su autor o sólo parte de ellos e incluso aquellos que no lo forman, pero que en lo futuro pudieran pasar a formar parte de su patrimonio, aún más, por declaración le puede

encomendar a alguien que se adquirieran después de su muerte para ser entregados a quien el designe; y/o declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

G) CITAS DE REFERENCIA.

1. IBARROLA DE, Antonio. Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 660.
2. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano. Primera Reimpresión, Tomo VIII, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, pág. 275.
3. SOHM, Rudolf. Instituciones de Derecho Privado Romano. Decimaséptima Edición, corregida por L. Mitteis y sacada a luz por L. Wenger, traducción del alemán por W. Roces, Madrid, España, 1951, pág. 115.
4. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo V Parte Especial, Segunda Edición, Editorial Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, España, 1921, págs. 30 y 31.
5. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV "De las Sucesiones", Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., pág. 368 y sigs.
6. BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. Primera Edición, Editorial U.N.A.M., pág. 223.
7. Idem, pág. 221.
8. IBARROLA DE, Antonio. Op. cit., pág. 683.

9. Idem, págs. 653 a 655.
10. Idem, pág. 675.
11. Idem, pág. 675.
12. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op. Cit., pág. 275.
13. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Op. Cit., pág. 49.
14. GOMIS SOLER, José. Teoría General de las Obligaciones. Tomo III, Editorial José Gomis Soler, México, D.F. 1944, pág. 106.
15. CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. Instituciones de Derecho Civil Español. tomo III Derecho de Sucesiones, Nueva Edición revisada y puesta al día por: Alfonso de Cosío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Editorial Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959. pág. 25.
16. DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Novena Edición, Volumen Segundo, Editorial Porrúa, S.A. México, 1983, pág. 288.
17. Idem , pág. 288.
18. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV Sucesiones, Cuarta Edición reformada

y aumentada, Editorial Porrúa, S.A., México, 1976, pág. 378.

19. ARCE Y CERVANTES, José. De las Sucesiones. Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, pág. 61.

20. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., pág. 203.

CAPITULO SEGUNDO.

"EL ALBACEA"

A) CONCEPTO DE ALBACEA.

Transcribiremos las definiciones que nos dan los licenciados Rafael Rojina Villegas, Antonio de Ibarrola, Ernesto Gutiérrez y González y Rafael De Pina Vara, respectivamente; así como las de algunos diccionarios:

"Los albaceas son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al De Cujus, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia" (1).

"Los albaceas, llamados también cabezaleros, testamentarios, o ejecutores, 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" (2).

"La persona designada por el testador, los herederos o el juez, para dar cumplimiento a las disposiciones testamentarias y/o para representar a las personas que intervienen en el procedimiento sucesorio y ejercitar todas las acciones que hubieren correspondido al autor de la herencia y que no se extinguieron con su muerte" (3).

"Albacea. Persona designada por el testador, los herederos, el juez o los legatarios -según los casos- para cumplir la última voluntad del causante, mediante la realización de todos los actos y operaciones necesarios al efecto" (4).

Por su parte, el Diccionario de la Academia Española de la Lengua define al albacea como la persona encargada por el testador o por el juez de cumplir la última voluntad y custodiar los bienes del finado. (5)

De conformidad con nuestra legislación, lo anterior se encuentra incompleto puesto que el albacea puede ser nombrado también por los herederos y aún por los legatarios en ciertos casos; además de que desde nuestro punto de vista, resulta muy aventurado decir que el juez conoce cual es la última voluntad del de cujus, a menos de que cuente con su testamento lo cual no es una regla general, y el término custodiar es poco

significativo de acuerdo a las funciones que el albacea tiene que desempeñar en cuanto a los derechos y obligaciones del autor de la sucesión.

"Ejecutor testamentario; persona designada por el testador para que después de su muerte ejecute sus disposiciones de última voluntad" (6).

Tomando en consideración lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que son las personas designadas, por el testador, los herederos, los legatarios o el juez, para liquidar y aplicar lo que integrara el patrimonio del autor de la sucesión, de conformidad con su última voluntad, o en su caso, por lo establecido en la ley, consistente en bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con su muerte, mediante la realización de los actos lícitos requeridos.

Las anteriores consideraciones se desprenden de los artículos 1681, 1682, 1684, 1687 y 1690, contenidos en el Código Civil para el D.F., mismos que a continuación nos permitimos transcribir:

Artículo 1681. El testador puede nombrar uno o más albaceas.

Artículo 1682. Cuando el testador no hubiere designado albacea o el nombrado no desempeñare el cargo,

los herederos elegirán al albacea por mayoría de votos. Por los herederos menores votarán sus legítimos representantes.

Artículo 1684. Si no hubiere mayoría, el albacea será nombrado por el juez, de entre los propuestos.

Artículo 1687. Cuando no haya heredero o el nombrado no entre en la herencia, el juez nombrará el albacea, si no hubiere legatarios.

Artículo 1690. Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios nombrarán el albacea.

B) ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ALBACEA.

"Etimología. Del árabe al wasí (ejecutor testamentario), proveniente de la raíz wása (encargar) o (hacer testamento). Su introducción en el castellano es relativamente tardía, ya que en siglo XVI todavía es considerado barbarismo. A esto se debe que la w árabe haya dado b castellana, en lugar de gu como sucede en la mayoría de las palabras de origen árabe" (7).

El albaceazgo, siendo la actividad que el albacea desarrolla en el ejercicio del cargo, no fue regulado de

manera expresa en el Derecho Romano; no obstante, había figuras que se le asemejaban como es el caso del familiae emptor, el cual participa en el testamento mancipatorio, el cual contempla ya la libertad testamentaria; el testador, ante la proximidad de su muerte, celebraba una compraventa ficticia de sus bienes con un amigo, en presencia de cinco testigos, rogándole que dispusiera de ellos como él le dictaba, mediante la tabulae testamenti, tablas de madera cubiertas de cera en las que se plasmaba su última voluntad (8).

En un principio, el familiae emptor (adquirente o comprador del patrimonio) adquiría la verdadera propiedad de la herencia, dejando a los terceros designados como legatarios, con los que se encontraba obligado. Posteriormente, bajo una nueva modalidad de testamento mancipatorio, esos derechos de propiedad se dan sólo en apariencia ya que en el fondo no era más que ejecutor del testamento.

Este testamento tenía la ventaja de poderse otorgar en cualquier momento, pero con el gran inconveniente de que por emanar de un acto bilateral, no podía ser revocable por la voluntad de una de las partes.

Asimismo, el fideicomiso hecho por causa de muerte y que consistía en el ruego de una persona a otra para que ésta entregare determinados bienes a un tercero beneficiado; resultando ser fideicomitente el de cujus, fiduciario la persona encargada de ejecutarlo y el fideicomisario era el beneficiado.

Durante la Edad Media, la iglesia tenía establecida una cuota (pro ánima) para la salvación del alma del de cujus; esta situación creó conflictos entre los herederos y el clero. Los obispos tenían facultades especiales para inspeccionar las actividades de los ejecutores testamentarios, dentro de las cuales estaba el destituir del cargo a aquellos que según su criterio actuaran con negligencia. A grado tal de contravenir las disposiciones del testador y ser ellos los encargados de ejecutar el testamento.

Por lo que toca al Derecho Francés, se conoce la institución del *exécuteur testamentaire*, el cual se va transformando hasta llegar al Código de Napoleón. (9)

En Nuestro Derecho:

El Código Civil de Oaxaca (1827-1828), arts. 859 habla de la facultad del testador para designar los albaceas que desee; 860 menciona la situación real de

estos con relación a sus bienes, señalando el plazo para realizar su función, la cual no podía exceder de un año un día a partir de su fallecimiento; así los artículos del 861 al 869, destacando el 864 que, a contrario sensu, daba la posibilidad de que un menor, con la autorización de su tutor podía ser albacea.

El Código Civil Corona de Veracruz (1868), arts. 1063 también se refiere a la posibilidad del testador de nombrar albaceas, pero si no lo hace, sus herederos serán los albaceas legítimos, de no existir estos, el juez designaría un administrador.

De igual forma que el Código de Oaxaca señala quienes no pueden ser albaceas, mencionando a los que no pueden obligarse y a la mujer casada que no cuente con el consentimiento de su cónyuge; adicionándose en este Código la imposibilidad para el sacerdote o médico que haya asistido al testador en su última enfermedad (arts. 1064 y 1065).

El artículo 1070 establece la posibilidad del albacea de vender los bienes muebles o en caso necesario de los inmuebles, para poder realizar los gastos mortuorios y de los legados, cuando no exista dinero suficiente y los herederos no lo proporcionen, desde

luego con las formalidades de ley y con la citación de los herederos.

Destacando, en cuanto al tema del presente trabajo, el artículo 1091 el cual establece que el albacea que continúe en la administración del albaceazgo y cuyo cargo haya terminado por el lapso del tiempo estipulado por la ley, por el testador o por remoción, se presumirá que está cometiendo fraude y en consecuencia está obligado a responder de los daños y perjuicios que cause su demora, además deberá pagar una multa del 5 al 15 al millar sobre el valor de los bienes hereditarios que administre. Como podemos denotar, en ningún momento se menciona la terminación del cargo por revocación, pero de este tema hablaremos en el capítulo cuarto.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1870, el art. 3675 habla de los albaceas universales, correspondiéndoles tal carácter a los herederos legítimos o a su legítimo representante; y, según el art. 3678, de no existir herederos forzosos, el testador puede nombrar los albaceas que desee.

Como se desprende, este código denota una clara protección a quienes sucedían legítimamente, lo cual se fue corrigiendo hasta llegar a nuestra legislación

actual; y hablo de corrección porque la voluntad no puede estar sujeta al arbitrio de un tercero, esto no quiere decir que quien deba de cumplir con sus obligaciones se exima de hacerlo.

Por su parte, el art. 3677 enumera a quien le corresponde representar para los casos siguientes:

El marido a la mujer casada menor de edad;

Los ascendientes a los descendientes que están bajo su patria potestad;

Los tutores a los menores aunque estén emancipados, y a los demás que se hallen sujetos a tutela;

El representante o poseedor de los bienes del ausente;

Los síndicos a los ayuntamientos;

Los directores a los establecimientos públicos; y

El Ministerio Público al fisco.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1884, en lo que respecta a los albaceas es similar, mejorando en algunos casos como el del artículo 3703, el cual reconoce como ejecutores o albaceas a las personas

designadas por el testador o por los herederos, independientemente del carácter que se les otorgare, como universal o especial, mancomunado o sucesivo; y al mencionar a los herederos, ya no los clasifica en forzosos, ni habla de su legítimo representante, pues éste es de orden público y tendría que actuar cuando debiera intervenir.

El artículo 3719 estableció que el albacea que renunciare sin justa causa, perdería lo que le hubiere dejado el testador;

El artículo 3730 agregó dos obligaciones más al albacea, consistentes en representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o en contestación, y las demás que le imponga la ley;

El 3731 prevé el pago de las deudas sobre las cuales hubiere juicio pendiente al abrirse la sucesión, podían ser pagadas antes de la formación y aprobación del inventario;

Por su parte, el artículo 3760 menciona que el albacea que no presente el inventario en el término legal, perdería todo derecho a ser retribuido;

Finalmente, volviendo al comentario hecho al código anterior, relativo a las causas de terminación del cargo de albacea, no se prevé por causa de revocación; entendiendo que si los herederos lo hubiesen nombrado, podrían hacerlo y de haberlo hecho el testador el nombramiento, una vez abierta la sucesión por causa de muerte, es contrario a la naturaleza del acto el que lo pueda revocar un tercero.

C) CLASIFICACION DEL ALBACEA.

El albacea es un elemento indispensable en ambas sucesiones, testamentaria e intestada; en la primera serán nombrados por el testador, para llevar a cabo las disposiciones que este prevea, representando en consecuencia la sucesión; en la legítima podrán ser designados por los herederos, legatarios o el juez, siendo su función la de representar a la sucesión. En ese sentido, nuestra legislación los ha clasificado de la siguiente forma:

1.- Albaceas testamentarios.

Son las personas que nombra el autor del testamento, para que cumplan su última voluntad. Si el testador nombra a más de uno, estos pueden ser

mancomunados o sucesivos; dándose la mancomunidad cuando así lo ha dispuesto el de cujus en su testamento para que su ejercicio sea de común acuerdo, siendo válido lo que todos hagan en forma conjunta o lo que convenga la mayoría en caso de desacuerdo o, inclusive, lo que haga uno de ellos, autorizado por los demás. En casos de extrema urgencia, cualquiera de ellos bajo su responsabilidad, actuará haciendo lo que sea necesario y rendirá cuentas de inmediato a los demás. Serán sucesivos cuando deban actuar uno después del otro, respetando el orden que haya dispuesto el testador, en caso de que no haya dispuesto nada, se hará en el orden que aparezcan designados.

Es conveniente aclarar que también pueden ser nombrados por los herederos o por los legatarios cuando toda la herencia se distribuya en legados, siempre y cuando el testador haya omitido nombrarlos o estos no llegaren a realizar el cargo.

El artículo 1691 de nuestro Código Civil también los clasifica de acuerdo a sus atribuciones, en universales y especiales.

El artículo 1701 se refiere al universal también como general, diferenciándolo del especial; este último debe realizar actos concretos y solo puede ser nombrado

por el testador a diferencia del universal, que puede ser nombrado por los herederos, legatarios o el juez, cuando no se haya hecho nombramiento por el autor del testamento o el nombrado no desempeñare el cargo, de conformidad con los artículos 1682, 1684, 1687 y 1690 del referido código.

Aún cuando el cargo es personal, no implica que el albacea pueda realizarlo a través de uno o varios mandatarios, por los cuales siempre responderá personalmente, tal y como no lo indica el artículo 1700.

2.- Albaceas legítimos o convencionales.

Son los nombrados por los herederos, y en algunos casos por el juez, cuando el testador no hubiere designado a nadie, o el designado no realizare su función. Los herederos lo elegirán por mayoría de votos y conforme al artículo 1683. "La mayoría, en todos los casos de que habla este Capítulo, y los relativos a inventario y partición, se calcularán por el importe de las porciones, y no por el número de las personas.

Quando la mayor porción este 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." En ese orden de ideas, podemos decir que la regla general es que quien mayor porción represente elegirá al albacea, siempre y cuando esta sea por más del cincuenta por ciento y la parte restante no se distribuya en más de tres, o en sus proporciones geométricas; o siendo menor al cincuenta por ciento, la parte contraria no llegue a ser mayoría, por que alguno de ellos se le sume, pero siempre recordando que la excepción al mayor importe de la porción se encuentra en la cantidad mínima que debe reunir; es decir, ser por lo menos la cuarta parte de las personas que forman el total de beneficiarios.

En términos del 1684, de no darse la mayoría, el albacea será nombrado por el juez, de entre los propuestos; este artículo no especifica cual será el criterio por el cual la autoridad judicial hará su elección, lo que a mi punto de vista genera una incertidumbre. Esto podría resolverse si la parte que no resultó favorecida con la designación del juez, nombra a un interventor.

3.- Albaceas dativos o judiciales.

Son designados exclusivamente por el juez cuando no hay herederos o el nombrado no entra en la herencia, desde luego si no hay legatarios. Su cargo será

provisional, ya que como lo indica el artículo 1689, el albacea durará en su encargo mientras que, declarados los herederos legítimos, estos hacen la declaración de albacea.

Los artículos 834 y 835 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se refieren a los albaceas judiciales; en el primero de ellos, se prevé la imposibilidad de abrirse la sucesión legítima o de que el testador declare no ser suyos los bienes, dicho albacea durará en su encargo hasta que se entreguen los bienes a su legítimo dueño; por lo que hace al segundo, a la letra dice "Si la falta de herederos depende de la incapacidad legal del nombrado o de renuncia, el albacea judicial durará en su encargo el tiempo señalado en el artículo 1689 del Código Civil"; es decir, hasta en tanto, declarados los albaceas legítimos, éstos hacen la elección de albacea.

4.- Albaceas definitivos y provisionales.

Son definitivos cuando han sido designados por el testador, los herederos o los legatarios; inclusive por el juez, según lo comentamos anteriormente al referirnos al artículo 1684, el cual menciona que de no darse la mayoría, el albacea será nombrado por el juez, de entre

los propuestos. Pero dicha calidad la ratifican cuando llevan a cabal fin la ejecución de la sucesión.

Y provisionales, cuando no haya herederos o el nombrado no entre en la herencia, conforme al artículo 1687, el juez nombrará el albacea, si no hubiere legatarios. Por su parte, el artículo 1688 dice "En el caso del artículo anterior, si hay legatarios, el albacea será nombrado por éstos"; por lo que debemos entender que el provisional solo se da por excepción, o sea, cuando al momento de que deba ser nombrado el representante de la sucesión, el nombrado no entre en la sucesión; no existan legatarios y se desconozca a los legítimos herederos, quienes en su momento lo podrán designar, terminando con ello el cargo del albacea provisional.

En relación con las dos últimas clasificaciones, considero pertinente transcribir una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, la cual a la letra dice: I.- SUCESIONES.- Las facultades del interventor y del albacea judicial difieren substancialmente de las del albacea provisional o definitivo; las funciones de los dos primeros no son otras que las de simples depositarios de los bienes, sin más atribuciones administrativas que las de mera conservación, y las que

se refieren al pago de las deudas mortuorias, unas y otra, previa autorización judicial. En cambio, a los dos últimos, la ley concede amplias facultades administrativas, con determinadas restricciones, y puede deducir todas las acciones que pertenecieron al autor de la herencia y que no se hayan extinguido por su muerte, teniendo la obligación de defender, en juicio y fuera de él, los bienes que constituyan el caudal hereditario, sin que exista disposición legal alguna que establezca diferencia de atribuciones entre el albacea provisional y el definitivo, que solo se distinguen por el tiempo que duran en el desempeño de su encargo.-T. XVI, pág. 665."

No estoy de acuerdo en la última consideración que hace esta tesis, ya que para mi si existe diferencia de atribuciones entre el albacea provisional y el definitivo; puesto que si interpretamos el sentido de los artículos del 1687 al 1689, veremos que aún sin existir un artículo que expresamente nos indique cuales son las facultades de uno y otro, del desenvolvimiento indispensable para la consecución de la liquidación de la herencia, es presupuesto indispensable que exista alguien a quien se le transmitan los derechos y obligaciones; pues como poder llegar a la partición y adjudicación del haber hereditario, si se desconocen los

causahabientes. En ese sentido, considero que en el momento en que se acreditan los herederos legítimos o, en su defecto, la Beneficencia Pública, designarán al albacea, terminando con esto el cargo de albacea provisional y surgiendo el definitivo, quien se encargará de llevar hasta su conclusión la sucesión hereditaria.

D) NATURALEZA JURIDICA DEL ALBACEA.

Existen varias tesis que tratan de explicar la naturaleza jurídica del albaceazgo, y de acuerdo a nuestra consideración destacan las siguientes:

El Licenciado Antonio Cicu nos comenta que el albacea ejerce un cargo de supervisión y de control; nombrándolo el testador cuando desconfía del cumplimiento de su última voluntad por parte de los interesados, además de que lo nombra para facilitarles a éstos las tareas que el cargo implica, evitándoles de esta manera que surjan conflictos entre sí (10).

Creo que esta reflexión no nos dice mucho acerca de la naturaleza jurídica, ya que más bien nos habla de los motivos de un testador para designar a un albacea, los cuales pueden diferir según sea el caso.

El Lic. Calixto Valverde y Valverde, lo compara con un mandatario, ya que en esencia el albaceazgo es un encargo que el de cujus hace a una persona, por consiguiente éste constituye un mandato especial, un mandato póstumo, ya que precisamente la función del albacea comienza con la muerte del testador (11).

A este respecto, nos remitiremos a los comentarios que hace el Licenciado Rafael de Pina Vara "Se ha dicho que a este propósito que el albaceazgo no puede ser un mandato propiamente hablando, si es que con ello se intenta identificarle con la relación contractual de mandato, porque ésta se haya decisivamente caracterizada por la coexistencia del mandante y del mandatario, y que tampoco es satisfactoria la tesis de la representación, porque el muerto no existe ya y no puede ser representado" (12).

Para el Lic. Leopoldo Aguilar Carbajal, los bienes de la herencia constituyen un patrimonio en liquidación y que además existen intereses de herederos, legatarios y acreedores, es difícil determinar la naturaleza jurídica de los albaceas; ya que representan para determinados fines a los herederos y legatarios, y entrega a los acreedores lo que les pertenece. Asimismo, nos comenta que lo más próximo a su naturaleza jurídica

es la de considerarlo un auxiliar de la administración de justicia, como lo considera la Ley Orgánica de los Tribunales, a fin de efectuar la liquidación del patrimonio y adjudicar el sobrante a los herederos; por lo tanto, se asemejan a los síndicos de concurso o de quiebra. (13)

Por su parte, el maestro Ernesto Gutiérrez y González manifiesta que la única naturaleza jurídica que se le puede atribuir al albacea es la de "Representante por disposición de la ley del o de los herederos y del o de los legatarios" (14).

En nuestro punto de vista, tomando en consideración las anotaciones de los autores mencionados, consideramos que se trata de la ejecución legal de una institución, el patrimonio, la cual por ser material pero depender de la existencia de una persona, que en un momento dado deja de existir, aquella en consecuencia debe desaparecer; pero como su contenido requiere ser transmitido para ese efecto, es necesario que un tercero medie para tal consecución. En ese sentido, el patrimonio del de cujus no desaparece en el mismo instante en que su titular deja de existir; por lo tanto, considero que la naturaleza jurídica del albacea consiste en la actualización de un ejecutor legal, ya

sea invocado por el testamento en razón de las características en él consideradas por el testador, ya por ausencia del testamento o por alguna causa que no le permita al encomendado y por tanto se requiera la designación de los beneficiarios o del juez, según se trate, el albacea deberá proceder a la liquidación del haber hereditario, como consecuencia de que las cosas no deben quedar en la indeterminación.

En ese orden de ideas, es una creación sui generis del derecho, y que tiene encomendada la liquidación de lo que le perteneció a alguien en vida, procediendo a su ejecución de acuerdo al consentimiento que en su oportunidad expresó y aún en contra de éste, cuando por causas ajenas a la voluntad del que fuera titular de los derechos y obligaciones que se transmiten, no es posible su realización.

E) CITAS DE REFERENCIA.

1. ROJINA VILLEGAS, Rafael, op.cit., pág. 175.
2. IBARROLA DE, Antonio, op.cit., pág. 823.
3. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Segunda Edición, Editorial Cajica, Puebla Pue. 1980, pág. 659.
4. DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A., Decimosegunda Edición, México, 1984, pág. 67.
5. DE PINA VARA, Rafael, op.cit., pág. 382.
6. COUTURE J., Eduardo, Vocabulario Jurídico. Edición al cuidado de Jorge Peirano Facio y José Sánchez Fontáns, Editorial De Palma, Argentina, Buenos Aires, 1976, pág. 85.
7. Idem.
8. BIALOSTOSKY, Sara. op.cit., pág. 221.
9. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I-A. Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, Buenos Aires, 1954.

10. CICU, Antonio, El Testamento, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1959. pág. 350

11. VALVERDE Y VALVERDE, op.cit., pág. 344.

12. DE PINA VARA, Rafael, op.cit., 383.

13. AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1980. pág. 403.

14. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Op. Cit. pág. 662.

CAPITULO TERCERO.

"FACULTADES Y DEBERES DEL ALBACEA"

A) ACEPTACION, RENUNCIA Y EXCUSAS DEL ALBACEA.

El artículo 1695 del Código Civil para el D.F., establece "El cargo de albacea es voluntario; pero el que lo acepte, se constituye en la obligación de desempeñarlo."

En el referido artículo encontramos la libertad de aceptar o no el cargo de albacea, por lo cual es un cargo de aceptación voluntaria; en caso afirmativo, se presenta una segunda etapa y que consiste en llevar a cabo el albaceazgo.

El Licenciado Ignacio Galindo Garfias nos comenta que "La aceptación del cargo es la manifestación de la voluntad y el deseo de quedar obligado, en la medida en que el cargo impone a quien lo ha aceptado, a diversos deberes y responsabilidades.

La aceptación impone al albacea la responsabilidad, en caso de incumplimiento de las

obligaciones de él derivadas, de reparar los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se cause a los herederos y legatarios" (11).

Así, el artículo 1723 establece "La obligación que de dar cuentas tiene el albacea, pasa a sus herederos."

Lo cual es lógico, ya que el cargo de albacea termina con su muerte; pero no así el albaceazgo, ya que toda sucesión requiere que el haber hereditario sea liquidado, y por tanto transmitido.

Pareciera una contraposición hablar de extinción del cargo de albacea y rendición de cuentas a cargo de un extraño, en relación con la sucesión primaria; es decir, con la que dio origen al cargo. Pero, conforme al artículo 1281, el cual dispone que "Herencia es la sucesión de todos los bienes del difunto y todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte", se comprende la carga.

Quizás Habría que aclarar que los herederos solo estarán obligados a responder, después de haber rendido cuenta, por los daños y perjuicios en que hubiese incurrido su causante. De este modo se debe concluir que los derechos y obligaciones del albacea, no son de los que se extinguen con su muerte y, siempre y cuando éstos

sean meramente pecuniarios, ya que como dice la ley, la obligación de los herederos es la de rendir cuenta del manejo que tuvo en el desempeño del cargo y, en su caso, responder por los daños y perjuicios, que más bien debiera ser daños y/o perjuicios, ya que no necesariamente tienen que existir unos para que existan los otros; entendiendo lo primero como aquello que me ocasiona un detrimento de lo que ya tengo, y lo segundo, como aquel que no me permite obtener algo sensatamente esperado.

Retomando el por que solo son responsables de aquello que pueda ser cuantificado en dinero, concluiríamos diciendo que se debe a que, a contrario sensu, la representación de la sucesión ha quedado acéfala, y no están facultados sus herederos a continuar en el cargo de aquél, en términos del artículo 1700 que a la letra nos dice:

"El albacea no podrá delegar el cargo que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos...", pues como ya se comentó, el nombramiento del nuevo albacea corresponde a los herederos, legatarios o al juez del conocimiento de la sucesión primaria. Y aún cuando, por algún motivo, se nombrara albacea a alguno o

algunos de los herederos del de cujus que tenía encomendado tal cargo, éstos pueden no aceptarlo.

Por tanto, su responsabilidad se circunscribe en rendir cuenta y, en su caso, reparar los daños y/o perjuicios que pudieren haberse ocasionado a la sucesión. Pero también están facultados para exigir la restitución de los gastos o indemnizaciones que fueren procedentes.

En cuanto a la segunda parte del artículo en comento y que ahora completamos "...; pero no está obligado a obrar personalmente; puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos". A este respecto considero válido transcribir el comentario que hace el Lic. Ignacio Galindo Garfias.

"Una de las notas que caracteriza el cargo de albacea, es la de ser personalísimo; de allí se deriva que no es delegable. El albacea no puede designar persona que lo sustituya en sus funciones. Podrá servirse de auxiliares que bajo su dirección realicen determinadas actividades, pero en todo caso, bajo la responsabilidad del albacea.

Podrá también como albacea otorgar poderes dentro de sus facultades; pero deberá responder personalmente ante los herederos y legatarios, por los actos que ejecuten las personas a quienes ha designado como empleados, auxiliares, mandatarios o personeros. Las relaciones internas entre tales subordinados o apoderados y el albacea, no exime a este último de ninguna manera del deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un cuidadoso padre de familia; es decir, que debe responder ante aquellas personas cuyos intereses le han sido confiados, (herederos y legatarios) por los daños que les causa la más leve falta de atención o de cuidado en la gestión del albaceazgo.

Entre esos deberes está comprendida la elección de personas idóneas para la ejecución de hechos o actos de cuyas consecuencias, por ser inherentes a las fundaciones (así) del albacea, debe responder" (2).

La renuncia del cargo está prevista en el artículo 1696, el cual nos dice "El albacea que renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiere dejado el testador. Lo mismo sucederá cuando la renuncia sea por justa causa, si lo que se deja al albacea es con

exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño del cargo."

La justa causa nos es proporcionada por el artículo 1698, el cual enumera en forma limitativa los supuestos por los cuales pueden excusarse de ser albaceas, y que son:

-Los empleados y funcionarios públicos;

-Los militares en servicio activo;

-Los que fueren tan pobres que no puedan atender el albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia;

-Los que por el mal estado habitual de salud, o por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente el albaceazgo;

-Los que tengan sesenta años cumplidos; y

-Los que tengan a su cargo otro albaceazgo.

Considero que las causas que se fundan en el estado de pobreza extrema y en el analfabetismo, no debieran considerarse excusas, sino falta de formalidad la primera, pues cómo podría otorgar garantía de su manejo a los demás beneficiarios y aún dispensándolo los herederos, conforme al artículo 1679 no pueden ser

albaceas los que no tengan la libre disposición de sus bienes; y por imperativo legal a los segundos, ya que es un elemento esencial el conocer a través de lo escrito el haber hereditario, así como presentarlo y ejecutarlo de manera expresa. Es cierto que se puede realizar a través de mandatarios, pero sería incongruente ya que en caso de negligencia de estos y más a sabiendas de su deficiencia para leer y escribir, el que estaría obligado a responder en este caso sería el analfabeta.

Finalmente, de conformidad con el artículo 1699 el albacea que encontrándose presente mientras se decide sobre su excusa, debe desempeñar el cargo, bajo pena de perder lo que le hubiere dejado el testador. Creo que este artículo es ambiguo al señalar la obligación de desempeñar el cargo al albacea que estuviere presente mientras se decide sobre su excusa, en razón de que no determina en donde debe estar presente y aún así, es lógico que quien presente una excusa deberá estar presente al hacerlo.

B) CAPACIDAD PARA REPRESENTAR LA SUCESION DEL ALBACEA.

Hablaremos primeramente de la incapacidad general señalada en el artículo 1679 del Código Civil para el D.F., así como de las específicas, señaladas en el artículo siguiente; después comentaremos las limitaciones de quienes ya representan a la sucesión.

"Artículo 1679. No podrá ser albacea el que no tenga la libre disposición de sus bienes.

La mujer casada, mayor de edad, podrá serlo sin la autorización de su esposo."

La primera parte del artículo precedente, señala la imposibilidad de desempeñar el cargo a aquellos que no tengan la libre disposición de sus bienes; puede entenderse o debe entenderse que son las personas que no cuentan con bienes, o teniéndolos se encuentran gravados, embargados o ya sujetos al cumplimiento de alguna obligación.

Por lo que se refiere a la segunda parte de este artículo, es evidente la aberración que establece, ya que se traslado la redacción del código anterior, tratando únicamente de salvar la no autorización; sin darse cuenta de que nuestra Constitución establece que

el hombre y la mujer son iguales ante la ley, por lo que donde esta no distingue, no tenemos por que hacerlo.

El artículo 1680 señala quienes específicamente no pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos, y así establece que:

I.- Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión;

II.- Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea;

III.- Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad; y

IV.- Los que no tengan un modo honesto de vivir.

"Estos impedimentos obedecen a causas diversas, a saber: en un caso se trata de verdaderas incompatibilidades existentes entre el ejercicio del cargo de magistrado o de juez, en la jurisdicción en la que se abra la sucesión excepto que el albacea sea único heredero; en otra hipótesis, el impedimento obedece a causas de inhabilitación, por efecto de una sentencia judicial condenatoria que haya decretado en otro caso la remoción del cargo de albacea o bien es consecuencia de una sentencia penal pronunciada por delito contra la

propiedad; finalmente, el impedimento puede surgir por causa de indignidad, y por tanto están impedidos para desempeñar el cargo, aquellos que no tienen un modo honesto de vivir.

El impedimento a que se refiere la fr. I tiene lugar, porque quien se encuentra a cargo de la administración de justicia, como magistrado o como juez, no puede ser al mismo tiempo auxiliar de la propia jurisdicción.

Las causas de impedimento por inhabilitación o indignidad, originan prohibiciones fundadas en que el desempeño del cargo requiere absoluta honestidad e idoneidad en la administración de bienes ajenos y sobre todo en el auxilio de la administración de justicia. En el procedimiento sucesorio se hallan comprometidos el fiel cumplimiento de la voluntad (testamentaria o presunta) del autor de la herencia y el interés público, que se cifran en la adecuada gestión y legal transmisión de la propiedad de los bienes de la herencia" (3).

A este artículo debiera agregársele que siempre y cuando en el testamento no se haya nombrado otra persona para desempeñar este cargo.

Por otra parte, el artículo 1717 prevé la posibilidad de enajenar algunos bienes, cuando el albacea deba cubrir algún gasto urgente o el pago de una deuda, desde luego con el acuerdo de los herederos, pero de no ser esto posible, con aprobación judicial; sería importante determinar cuales pudieran ser esos gastos urgentes, y para tal caso quizás debamos atender a lo que establece el artículo 1757: "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 inventarios." Como podemos observar, aquí se determinan los gastos que a nuestro juicio debieran circunscribirse "urgentes"; en cuanto a las deudas, resulta más sencillo ya que se debe atender al orden que el propio código señala en sus artículos 1754 y 1759, los cuales se refieren a deudas mortuorias y deudas hereditarias, respectivamente.

Para convalidar esta observación, únicamente destacaremos que tanto las deudas mortuorias, como los gastos de rigurosa conservación y los créditos alimenticios, pueden ser cubiertos aún antes de la formación del inventario, de acuerdo a lo previsto por los artículos 1754 y 1757.

En base a las consideraciones expuestas pudiera concluirse que el artículo 1717 es una excepción al 1719, que establece la imposición al albacea de contar con el consentimiento de los herederos o de los legatarios, para gravar o hipotecar los bienes; de ahí la importancia de establecer concretamente cuando puede hacerlo, con la autorización judicial.

Del mismo modo, el albacea no puede transigir ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia, ni dar en arrendamiento por más de un año los bienes que la integran, sino con el consentimiento de los herederos o de los legatarios en su caso, de acuerdo a lo previsto por los artículos 1720 y 1721 del Código Civil para el D.F.

Finalmente, el albacea no puede comprar para sí, para su mujer, ascendientes, hijos o colaterales los bienes de la herencia, ya que de hacerlo se considerarán nulas, ya se haya hecho por éste o por interpósita persona.

C) RENDICION DE CUENTAS DEL ALBACEA.

Nos referiremos a lo establecido en el artículo 1722 del Código Civil para el D.F., el cual dice: "El

albacea está obligado a rendir cada año cuenta de su albaceazgo. No podrá ser nuevamente nombrado, sin que antes haya sido aprobada su cuenta anual. Además, rendirá la cuenta general de albaceazgo. También redirá cuenta de su administración, cuando por cualquiera causa deje de ser albacea."

Del precepto antes transcrito, se desprenden tres supuestos en que el albacea debe rendir cuenta de su manejo en el ejercicio del cargo.

Primero, el albacea está obligado a rendir cada año cuenta de su albaceazgo; de conformidad con el artículo 1737 del mismo ordenamiento, "El albacea debe cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento"; y destacando lo que prevé el 1738, "Sólo por causa justificada pueden los herederos prorrogar al albacea el plazo señalado en el artículo anterior, y la prórroga no excederá de un año." Como se desprende, el albacea únicamente puede rendir cuentas de su encargo hasta en dos ocasiones, siempre y cuando exista causa que justifique la prórroga.

En ese sentido, suponiendo que el albaceazgo se termine dentro del plazo señalado en el artículo 1737,

es decir dentro de un año, ésta rendición carecería de sentido, pues conforme al segundo supuesto que más adelante mencionaremos coincidirían dos informes exactamente iguales; ahora bien, en la continuación de lo establecido en el artículo 1737 se menciona a partir de cuando debe empezar a contar el plazo para el desempeño del cargo, dándose dos posibilidades, la primera que ha quedado comentada y que se refiere a partir de su aceptación, y la segunda que comienza una vez que concluyan los litigios que llegaren a promoverse sobre la validez o nulidad del testamento.

En este último caso nos surge la duda de que si por algún motivo, el albacea designado en el testamento no acepta el cargo, ¿quién se supone que debe administrar los bienes así como representar a la sucesión, mientras se dirimen los litigios?

Aún cuando el artículo 1687 solo prevé el nombramiento del albacea judicial y por tanto provisional, en los casos en que no hay herederos o el nombrado no entra en la herencia, desde luego si tampoco hay legatarios conforme al 1688, consideramos que también deberá nombrar un albacea provisional el juez, cuando existan litigios que se promuevan en los casos que menciona el artículo 1737 y no se haya expresado la

aceptación del cargo de albacea, ya que existe una clara incertidumbre que impide conocer quiénes son los verdaderos beneficiarios, en tanto no sean resueltas las controversias suscitadas por la nulidad o validez del testamento; y es razonable que quien se considera imparcial, sea la persona que resuelva provisionalmente; pues como lo prevé el artículo 771 del Código de Procedimientos Civiles "Si pasados diez días de la muerte del autor de la sucesión, no se presenta el testamento, si en él no está nombrado el albacea, o si no se denuncia el intestado el juez nombrará un interventor..."; quizás aquí debiera de agregarse lo comentado, es decir, si el albacea designado en el testamento no acepta el cargo, también será designado por el juez, ya que como veremos más adelante en una de las jurisprudencias que se transcriben, la sociedad está interesada en que las sucesiones se encuentren representadas.

Segundo, además rendirá la cuenta general del albaceazgo; como es lógico, ésta solo la puede rendir el albacea que concluya su encargo plenamente y esto puede darse aún antes del plazo legalmente establecido, en el término y aún después, en el caso de prórroga, pero sin exceder de un año más. Por tal motivo, creemos que para que puedan rendirse ambas cuentas, es indispensable la

prórroga; ya que de lo contrario, una excluye a la otra dependiendo de lo comentado.

Salvo que los litigios que llegaren a promoverse sobre la validez o nulidad del testamento no sean resueltos ágilmente, de modo tal que ocupen un plazo por lo menos de un año.

Tercero, también rendirá cuenta de su administración, cuando por cualquier causa deje de ser albacea; resulta inminente esta obligación para aquél que no pueda concluir el albaceazgo, ya que aunado al deber de enterar a los beneficiarios, en su caso a quienes los representen, y al juez, es trascendental para quien habrá de suplirle. Consideramos que este supuesto puede darse antes de el año, por lo que en tal caso sería la única cuenta que rendiría; sin embargo, pudiera concurrir la prórroga y dentro de esta, ser imposible su conclusión, en tal caso, rendirá dos cuentas considerando la anual y la de entrega por dejar se ser albacea.

Si bien es cierto que el artículo que ha sido seccionado habla de cada año como plazo para la obligación que de rendir cuenta tiene el albacea, también lo es que el artículo 851 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., establece la

posibilidad de que éstas se rindan mensualmente. Este imperativo no se contrapone al artículo del Código Civil, ya que este prevé lo más; mientras que el otro se ajusta a esa dimensión, la que de acuerdo al comentario que vierte el Lic. José Antonio Márquez González, el Código de Procedimientos Civiles para el D.F., si atiende a las dinámicas condiciones de la actual vida económica, estableciendo plazos menores para la rendición de cuentas. (4)

Los artículos 1725 y 1726, establecen quienes deben aprobar las cuentas que presente el albacea; así, el primero enunciado establece que deberá ser aprobada por todos los herederos, en el caso de que alguno no esté de acuerdo puede seguir a su costa el juicio respectivo, conforme a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles. El Código antes citado, en su artículo 852 instruye, "... Si alguno o algunos de los interesados no estuvieren conformes, se tramitará el incidente respectivo; pero es indiscutible, para que se le dé curso, precisar la objeción y que los que sostengan la misma pretensión nombren representante común", las precisiones de las que habla este artículo tienen la finalidad de optimizar tiempo, lo que consideramos muy apropiado. Por lo que se refiere a lo dispuesto en el art. 1726, concretamente se refiere a la

intervención del Ministerio Público, cuando los herederos sean menores de edad o fuere heredera la Beneficencia Pública.

"La cuenta de la administración rendida por el albacea debe contener un informe pormenorizado de cada uno de los bienes, de los gastos de administración así como de las deudas de la herencia. En el caso de que dichos bienes produzcan alguna renta, el albacea deberá además anotar cuidadosamente los ingresos obtenidos en el ejercicio respectivo. Esto es particularmente importante si se trata de una negociación de carácter mercantil o industrial.

El juez dejará a la vista de los herederos la cuenta de la administración, a fin de que aleguen lo que a sus derechos convenga por un término de diez días, según disposición contenida en el a. 851 del CPC" (5).

Como se desprende del comentario anterior, así como de lo expuesto en el numeral 852 del mencionado código procedimental, por un lado la importancia de pormenorizar el informe de parte del albacea y por el otro la de precisar la objeción que en su caso haga el beneficiario, son elementos indispensables para una pronta solución en caso de controversia.

D) TESIS Y JURISPRUDENCIA.

A continuación nos permitiremos transcribir algunas de las tesis y jurisprudencias que consideramos relevantes para los temas que se mencionan en este capítulo.

I.-"ALBACEAS.- La sociedad está interesada en la representación legal de las sucesiones, por lo que es improcedente conceder la suspensión que tuviera por efecto que dichos juicios permanecieran por algún tiempo sin representante" (6).

II.-"El albacea puede deducir todas las acciones que pertenecieron al autor de la herencia, y tiene la facultad de defender en juicio y fuera de él así la herencia como la validez del testamento, y conforme a derecho estos actos son obligatorios para él. Ninguna disposición autoriza a los herederos a hacer gestión alguna judicial o extrajudicial, en defensa de los bienes de la herencia. Es pues, bien claro, que la defensa de la herencia corresponde al albacea, por lo cual es evidente que el ejercicio de los recursos correspondientes, inclusive el de garantías, es atribución propia del albacea" (7).

III.-"El albacea no puede desistirse del amparo, sin consentimiento expreso de los herederos de la sucesión" (8).

IV.-"La excepción que la ley establece y que impide el ejercicio de cualquiera acción en contra de una sucesión, entre tanto no queden terminados los inventarios de la misma, debe entenderse limitada al periodo de tiempo indispensable, con arreglo a la ley, para que dichos inventarios sean formulados y aprobados; de manera que si por negligencia del albacea o de los herederos o por cualquier otra circunstancia, los expresados inventarios no son judicialmente aprobados dentro de dicho término, pueden los herederos deducir ante los tribunales las acciones que les correspondan" (9).

V.-"La representación legal de las sucesiones, la tiene el que está en ejercicio del albaceazgo, siendo el único que puede promover judicialmente a nombre de la sucesión" (10) .

VI.-"REMOCION DE LOS ALBACEAS PROVISIONALES.- Como la sociedad está interesada en que los juicios sucesorios sean tramitados sin demora alguna y que la masa de los bienes no quede sin administración legal, y el Estado tiene, asimismo, interés en la percepción de

los impuestos respectivos, es improcedente conceder la suspensión que pida el albacea provisional contra el auto que lo remueva, para dar lugar a que entre en funciones el albacea definitivo, aun cuando aquél se ostente como heredero de la sucesión, porque su interés, con tal calidad, está vinculado al de la propia sucesión; a mayor abundamiento, la suspensión debe negarse por el concepto de inmoralidad que puede presumirse en el empeño de los administradores de bienes ajenos para seguir manejando los intereses que realmente no les pertenecen" (11).

VII.-"RENDICION DE LAS CUENTAS.- La rendición de cuentas por el heredero que ha poseído es una cuestión que surge en el juicio sucesorio y tiene relación inmediata con el asunto principal, cuya tendencia es la de partir los bienes de la herencia, por lo cual no debe considerarse como exento de dicho compromiso (el de rendir cuentas de su administración) al heredero que ha poseído, y no es necesario que solamente en juicio se le pregunte por el resultado de su administración" (12).

VIII.-"RENDICION DE CUENTAS DE LOS ALBACEAS.- Si el juicio sucesorio concluye por sentencia que cause ejecutoria, ya no es posible admitir que la rendición del albaceazgo se discuta en forma incidental, y

cualquiera responsabilidad que se quiera exigir al albacea, por el desempeño de su encargo, debe ser discutida en juicio ordinario, pero de ninguna manera en forma de incidente" (13).

IX.-"MINISTERIO PUBLICO.- En los juicios Hereditarios deja de ser parte cuando hay herederos reconocidos, aun cuando éstos sean menores, si tienen tutor que los represente y está cubierto el interés fiscal" (14).

E) CITAS DE REFERENCIA.

1. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Comentado. Segunda Reimpresión, tomo III, Editorial Miguel Angel Porrúa, México, 1990, pág. 210

2. Idem, pág. 213.

3. Idem, pág. 201 y 202.

4. Idem, pág. 223.

5. Idem, pág. 224.

6. EDICIONES ANDRADE, S.A. DE C.V., Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Anotado y Concordado por el Jic. Manuel Andrade, Décima Tercera Edición, México, D.F. 1990, pág. 393 (ant.-T. VI, pág. 354; T. X, pág. 151; T. XIV, págs. 94 y 960; T. XVII, pág. 192 "Jurisprudencia".

7. ARELLANO GARCIA, Carlos, Práctica Forense Civil y Familiar, Novena Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1990, págs. 461 y 462 (ant. tesis 33, p. 86. Apéndice 1985, Tercera Sala, tesis 30, p. 76).

8. Idem, pág. 461 (ant. tesis 31, pp. 82-83. Apéndice 1985, Tercera Sala, tesis 28, p. 73).

9. Idem, pág. 464 (ant. tesis 361, p. 1085. Apéndice 1985, Tercera Sala, tesis 284, p. 807).

10. Idem, pág. 465 (ant. tesis 364, p. 1094. Apéndice 1985, Tercera Sala, tesis 287, p. 815).

11. EDICIONES ANDRADE, S.A. DE C.V. Op. cit., pág. 394 (ant.- T. XXXIII, pág. 522).

12. Idem, pág. 426 (ant.- T. XXVII, pág. 2244).

13. Idem, pág. 427 y 428 (ant.- T. XXVII, pág. 345).

14. Idem, pág. 434 (ant.-Diario de Jurisprudencia T. XX, pág. 500).

CAPITULO CUARTO.

"TERMINACION DEL CARGO DE ALBACEA"

Las causas de terminación del cargo de albacea e interventor se encuentran enumeradas en el artículo 1745 del Código Civil vigente para el D.F., las cuales a continuación transcribiremos y comentaremos:

A) POR TERMINO NATURAL DEL ENCARGO.

Esta es la primera de las causas que señala el precepto en cita, y podríamos decir que es la única que conlleva a la conclusión de la sucesión, pues es claro que si la persona que tenía encargada la realización del albaceazgo cumplió cabalmente, corresponde a los beneficiarios la continuación de las relaciones jurídicas, comprendidas en la transmisión de lo que se les ha adjudicado; de este modo, puede darse antes del plazo previsto en el artículo 1737, es decir un año a partir de su aceptación o de que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o, también, dentro de la prórroga prevista en el numeral 1738, la cual no podrá exceder de un año.

"Por término natural del encargo debe entenderse la conclusión de todos los asuntos y negocios relacionados con el albaceazgo, bien sea antes del término legal de un año o su prórroga si la hubo, o después del mismo, pues cualquiera que sea la época en la cual se lleve a cabo la partición de la herencia, que es, conforme a los Códigos Civil y Procesal, la última etapa de los juicios sucesorios, termina la actuación del albacea" (1).

Podemos concluir que es la única causa que pone fin tanto al cargo de albacea como al albaceazgo.

B) POR MUERTE DEL ALBACEA.

El cargo de albacea es personalísimo, por tanto, a su muerte termina el cargo, ya que como lo establece el artículo 1700 de nuestro Código Civil vigente "El albacea no podrá delegar el cargo que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos..."

"Por la muerte del albacea termina también el cargo que se le hubiere conferido, pero no el albaceazgo, ya que éste continúa hasta que se llegue a la conclusión definitiva de los negocios de la herencia" (2).

Como bien lo comenta el Licenciado Rafael. Rojina Villegas, termina el cargo respecto de la persona, pero la sucesión requiere estar representada hasta su conclusión; es decir, el albaceazgo siempre está latente hasta en tanto no se ponga fin a la sucesión, por lo que habrá de nombrarse a la persona que lo represente.

C) POR INCAPACIDAD LEGAL DECLARADA EN FORMA.

En este caso nos referiremos al artículo 450 del Código Civil vigente para el D.F., específicamente a su párrafo segundo, el cual a la letra dice: "ARTICULO 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.-...

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 adición a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos, o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración a la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

Por tanto, es indispensable tener capacidad legal o de ejercicio para poder desempeñar el cargo de albacea, ya que conforme al artículo 1679, no podrá ser albacea el que no tenga la libre disposición de sus bienes. En ese sentido, quien sea declarado judicialmente incapaz dejará de ser albacea, haciéndose necesario el nombramiento de la persona que habrá de continuar con el albaceazgo.

D) POR EXCUSA QUE EL JUEZ CALIFIQUE DE LEGITIMA, CON AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS Y DEL MINISTERIO PUBLICO, CUANDO SE INTERESEN MENORES O LA BENEFICENCIA PUBLICA.

Como ya lo comentamos en el capítulo anterior, la excusa debe ser calificada por el juez, dentro de los supuestos que prevé el artículo 1698 y que son:

- Los empleados y funcionarios públicos;
- Los militares en servicio activo;
- Los que fueren tan pobres que no puedan atender el albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia;

-Los que por el mal estado habitual de salud, o por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente el albaceazgo;

-Los que tengan sesenta años cumplidos; y

-Los que tengan a su cargo otro albaceazgo.

Debiendo agregar al precepto en comento, la presencia del Ministerio Público cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública.

E) POR TERMINAR EL PLAZO SEÑALADO POR LA LEY Y LAS PRORROGAS CONCEDIDAS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO.

Ya hemos comentado que el plazo que tiene el albacea para cumplir con su encargo es de un año; sólo por causa justificada se puede prorrogar como máximo por otro periodo igual. Así es que en estricto sentido, el plazo máximo para cumplir con el encargo sería de dos años, sin embargo en la práctica se observan plazos más largos, debido a que el albacea debe continuar en su encargo mientras no se nombre un nuevo albacea; prevalece el interés público sobre el particular, ya que la sociedad, como también se ha mencionado, tiene apego

a la resolución de las sucesiones, mismas que no pueden quedar sin representación.

Desde luego que estamos de acuerdo en lo anterior, pero el lapso para la designación del nuevo albacea debe ser breve, sino que caso tendría establecer un plazo para el cumplimiento del encargo.

Por otra parte, la redacción de esta fracción no parece correcta ya que dice por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo, siendo que el artículo 1738 sólo considera una prórroga.

F) POR REVOCACION DE SUS NOMBRAMIENTOS, HECHA POR LOS HEREDEROS.

Este es el punto más importante para el objetivo del presente trabajo, pues como lo veremos en el siguiente capítulo, la revocación únicamente puede ser hecha por el que otorgó, y en el caso del albacea nombrado por el testador, sólo éste puede revocarle el nombramiento; de modo que si se procede en consecuencia a la apertura del testamento sin que su autor hubiese revocado la designación, nadie más tiene capacidad para revocar su nombramiento.

Lo único a lo cual se puede adecuar esta fracción, es cuando al albacea lo hayan nombrado los propios herederos, lo cual podría entenderse en el artículo 1746 que dice "La revocación puede hacerse por los herederos en cualquier tiempo, pero en el mismo acto debe nombrarse sustituto."

Sin embargo, el artículo siguiente hecha abajo esta posibilidad al mencionar "Cuando el albacea haya recibido del testador algún encargo especial, además del de seguir el juicio sucesorio para hacer entrega de los bienes a los herederos, no quedará privado de aquel encargo por la revocación del nombramiento de albacea que hagan los herederos. En tal caso, se considerará como ejecutor especial y se aplicará lo dispuesto en el artículo 1701."

Evidentemente no estamos de acuerdo por lo siguiente:

A contrario sensu, si el testador no expresó que esto o aquello era algún encargo especial, los herederos pueden ir en contra de la naturaleza del acto, ya que pueden revocar algo a lo que no dieron origen, siendo a todas luces antijurídico.

En relación con lo expresado anteriormente, también este precepto da por hecho que es lo especial para todos, en virtud de que priva al autor del testamento de que su voluntad se manifieste plenamente; pues como puede uno afirmar que para el testador no era precisamente especial que determinada persona, la de su confianza, llevara al cabo el desempeño del cargo, siendo que para él puede ésto serlo.

Aún más, el artículo 1748 textualmente menciona "Si la revocación se hace sin causa justificada, el albacea removido tiene derecho de percibir lo que el testador le haya dejado por el desempeño del cargo o el tanto por ciento que le corresponda conforme al artículo 1741, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el artículo 1743."

De nueva cuenta para el legislador dejó de tener importancia la voluntad del testador, al mencionar que el albacea podrá percibir lo que éste le haya dejado u optar por lo que le corresponde conforme a la ley, si su revocación fue sin justa causa, quedando sin ningún sentido la designación que el testador hubiere hecho, de modo tal que su voluntad se vuelve a ver mermada por disposición legal.

En conclusión, debemos sugerir que cuando el código se refiera a la revocación, sólo puede darse ésta cuando el albacea haya sido nombrado por los propios herederos.

G) POR REMOCION

Esta es la última de las causas que terminan con el cargo de albacea, mas no con el albaceazgo ya que como hemos dejado asentado, la única que extingue a las dos es la que se refiere al término natural del encargo.

La remoción sólo puede darse cuando existe una causa justificada para ello como podría ser el incumplimiento de sus obligaciones; por consiguiente, debe proceder de una situación que de acuerdo con la ley sea suficiente para su destitución.

Unicamente puede ser promovida por parte legítima y resuelta en sentencia pronunciada en el incidente respectivo.

Así, tenemos que pueden ser causa de remoción el hecho de que el albacea no presente el inventario dentro del término establecido en el Código de Procedimientos Civiles para el D.F., es decir en el plazo de sesenta

días de haber aceptado el cargo; si dentro de los quince días de aprobado el inventario, no propone al juez la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios entre los herederos y/o legatarios; cuando durante dos bimestres consecutivos, sin justa causa, deje de cubrir a los herederos y/o legatarios las porciones de frutos correspondientes; cuando no manifieste dentro de los tres días siguientes a la aprobación de la cuenta general que no hizo por sí mismo la partición, a efecto de que se nombre a la persona idónea que lo haga; si no garantiza, cuando deba hacerlo, su manejo dentro del término de tres meses contado a partir de su aceptación y cuando no rinda dentro del término legal su cuenta anual.

H) CITAS DE REFERENCIA.

1.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil Tomo II "Bienes, Derechos Reales y Sucesiones", Decimoctava Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1986, pág. 341.

2. Idem, pág. 342.

CAPITULO QUINTO.

"REVOCABILIDAD DEL ALBACEA TESTAMENTARIO"

A) CARACTERES DEL TESTAMENTO :

1.- Acto personalísimo.

Por el objeto del testamento, y ya que los efectos de éste surgirán al momento de la muerte del testador, la ley ha excluido la posibilidad de que este acto sea realizado por medio de representantes, buscando con ello la certeza y la seguridad jurídica de las relaciones que se presenten después de la muerte del testador.

Para ello se requiere, como en todo acto jurídico, ser capaz; sin embargo, la capacidad en materia de sucesiones difiere de la que se requiere en materia de obligaciones. "La capacidad para testar es la regla general, pueden testar todos aquellos a quien la ley no prohíbe expresamente ese derecho. Como ya se dijo esta capacidad general no implica que cualquiera que la tenga pueda hacer testamento mediante cualquiera de las formas establecidas por la ley"(1), es decir que existe una capacidad general para hacer testamento, pero que

determinados testamentos requieran una capacidad específica. La ley divide a los testamentos por su forma en dos grandes grupos:

1.- Ordinarios:

- A) Público abierto;
- B) Público cerrado;
- C) Público Simplificado;
- D) Ológrafo.

2.- Especiales:

- A) Privado;
- B) Militar;
- C) Marítimo;
- D) Hecho en país extranjero.

Como ejemplo de capacidades especiales que exige la ley, podemos mencionar las siguientes: No puede otorgar testamento público abierto el que no puede expresar de una manera clara y terminante su voluntad; los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento público cerrado; el testamento público simplificado solo se otorga respecto de un inmueble

destinado a la vivienda; y el testamento ológrafo sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad.

El artículo 1306 del Código Civil, establece:
"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."

Como podemos observar la fracción primera del artículo en comento, establece una excepción a la capacidad de ejercicio para el Distrito Federal, al permitir hacer testamento a las personas menores de dieciocho años, pero como mínimo dieciséis, al igual que para poder contraer matrimonio en el caso del hombre; pero en este caso el acto no está sujeto al consentimiento de quien ejerce la patria potestad del autor del testamento; aún más, dicha fracción resalta diciendo ya sean hombres o mujeres, distinguiendo con ello de los requisitos para contraer matrimonio, ya que la mujer sólo requiere tener catorce años cumplidos, desde luego con el consentimiento de quien deba otorgarlo.

Si bien es cierto que el legislador tomó en consideración el desarrollo físico más adelantado en la mujer, para hacer la distinción de las edades para contraer matrimonio, en materia sucesoria creyó conveniente el fijar los dieciséis años, ya sin distinción de sexo, pensando que se ha logrado una madurez amplia para poder llevar a cabo un acto que surtirá sus efectos para después de su muerte, sin comprometer el patrimonio del menor en el momento de testar.

Con relación a las personas que no gozan de cabal juicio, la ley les permite otorgar testamento público abierto siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que se encuentre en un estado de lucidez;
- b) Que el tutor del incapaz o los familiares de éste presenten un escrito al juez competente, informándole del deseo del incapaz de otorgar testamento;
- c) Que se nombren dos médicos, de ser posible especialistas, para la práctica de un examen sobre el estado mental del incapaz, el cual deberá realizarse en presencia del juez;

d) Que se levante un acta en la que conste el resultado del referido examen;

e) Que de ser favorable el resultado del examen, se concorra ante el notario público, consideramos que en estos casos quizás el notario deba solicitar la presencia de dos testigos, y que firmen el instrumento el testador, los testigos, en su caso, el juez, los dos médicos y lo autorice el notario haciendo mención de que durante el otorgamiento, el testador se encontraba en perfecto estado de lucidez.

En este punto, la doctrina ha discutido si el estado de lucidez que debe guardar el incapaz es tan sólo al momento de otorgar el testamento o si es necesario atender momentos anteriores al otorgamiento, pero especialmente en el momento en que se realice ante notario público, la cuestión surge por la redacción del artículo 1312 del Código Civil que establece "Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento." Los doctrinarios que opinan que hay que atender únicamente al momento del otorgamiento, basan su argumento aduciendo que fue un error del legislador mexicano que copió incorrectamente el artículo 666 del

Código Civil español; y que en lugar de transcribir la palabra únicamente, utilizó el adverbio especialmente.

Consideramos que en virtud de todos los requisitos que se deben cumplir, es normal que no queden satisfechos en un sólo acto, por lo que se da la concatenación de varios actos, culminando con la presencia ante notario para el otorgamiento del testamento de mérito, y por lo tanto, durante todo el procedimiento el incapaz debe guardar estado de lucidez, debiendo juzgarse de la capacidad del testador no únicamente al momento de su otorgamiento; sino que con mayor precisión debe atenderse como la ley lo califica especialmente en el momento de otorgar el testamento, y que por lo tanto nuestro legislador no copió incorrectamente el citado precepto español; por el contrario subsanó una cuestión que creyó incorrecta, adecuándola a la realidad de los hechos.

2.- Acto revocable.

En cuanto a la facultad de revocación del testamento, como elemento esencial del mismo, es la posibilidad que tiene el otorgante en cualquier momento, hasta antes de su muerte, de modificar o dejar sin efecto las disposiciones testamentarias que con antelación había hecho.

Aún cuando por esencia el testamento es revocable, existen disposiciones en los mismos que no pueden ser revocadas, como por ejemplo el reconocimiento de un hijo, el perdón del ofendido, el reconocimiento de una deuda. Esto no significa que el testamento que contenga alguna de las cuestiones citadas no pueda ser revocado; al respecto la Ley del Notariado para el Distrito Federal, impone al notario la obligación de dar un aviso al Archivo General de Notarias cuando alguna persona otorgue un testamento ante su fe, debiendo en su caso, hacer mención de que en ese testamento se ha incluido una cláusula que por su naturaleza o por disposición de la ley no puede ser revocada, sin hacer alusión al contenido expreso de la misma.

La revocación puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando de manera fehaciente e indubitable se manifieste la voluntad de dejar sin efecto parcial o totalmente las disposiciones testamentarias otorgadas con anterioridad, lo cual deberá hacerse en otro testamento. Es tácita la revocación cuando se otorga otro testamento, que por ello implica la revocación del anterior, a menos que el testador manifieste su voluntad de que subsista el anterior parcialmente. La revocación producirá sus efectos aunque en el testamento posterior

opere la caducidad, por motivo de la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nombrados.

Nuestra legislación establece la presunción de que el testamento anterior es revocado por otro posterior perfecto, cuando el testador no expresa que el primero subsista en lo que no se contraponga al último.

Concluyendo, al ser el testamento un acto de última voluntad, sin que esto implique que deba ser realizado instantes antes al fallecimiento del testador a excepción de que así lo decida, se requiere la facilidad de modificar, ya sea total o parcialmente, la voluntad emitida que en algún tiempo se consideró como la más adecuada para regular las situaciones que quedasen pendientes después de la muerte de su autor, ya sea porque han cambiado las circunstancias que determinaron su voluntad, ya sea porque quiere modificar, aún caprichosamente, los términos de su disposición testamentaria; debiendo hacerlo con los mismos requisitos que se establecen para el otorgamiento del testamento.

3.- Acto libre.

Porque el testador no puede obligarse mediante contrato o convenio a no testar o a testar bajo ciertas condiciones. Cualquier pacto celebrado en los términos anteriores es nulo, al carecer de validez cualquier tipo de limitación pactada, ya sea tácita o expresamente.

Asimismo, nuestra legislación prohíbe el testamento recíproco, o sea, aquel en el cual dos personas testan en un mismo acto, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero. De igual forma se prohíbe el testamento colectivo, en el cual varias personas testan de común acuerdo y en cumplimiento de un previo pacto, sea tácito o expreso.

La libertad también se expresa en que no debe mediar influencia de amenazas contra el autor, ni contra sus familiares; esta característica no es exclusiva del testamento, ya que todo acto jurídico para su validez debe expresarse de una manera libre; por lo que al respecto el Licenciado Antonio de Ibarrola (2), considera que en lugar de utilizar el adjetivo calificativo de libre, se debería de sustituir por el de autónomo y que de esta manera se resaltaría ya no un elemento de validez de todo acto jurídico, sino un elemento esencial del testamento.

La ley, protegiendo la autonomía del testador ha establecido las siguientes restricciones:

a) No se admite la posibilidad de otorgar testamento por medio de representantes;

b) No puede testar en un mismo acto más que una persona;

c) No puede dejarse al arbitrio de un tercero la designación de los herederos o legatarios, o la designación de las cantidades que cada uno recibirá sobre el haber hereditario;

d) En el caso del testamento público abierto, no puede manifestar su voluntad el testador por simples monosílabos;

e) No se puede renunciar al derecho de hacer testamento;

f) No se puede renunciar al derecho de revocar la disposición testamentaria;

g) No se puede pactar que una persona vaya a testar de determinada manera.

B) CONCEPTO DE REVOCABILIDAD.

El licenciado Rafael de Pina lo define de la siguiente manera:

"REVOCABILIDAD. Posibilidad legal de la revocación de un acto."

Asimismo, nos da el concepto de revocación: "Acto jurídico en virtud del cual una persona se retracta del que ha otorgado en favor de otra, dejándolo sin efecto, siendo posible únicamente en los de carácter unilateral, como el testamento o el mandato" (3).

El Gran Diccionario Enciclopédico Durvan lo define como "F. Calidad de revocable."

"Calidad.- Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa, o permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie" (4).

Podemos decir que la calidad es el conjunto de cualidades que constituye la manera de ser una persona o cosa.

El propio Diccionario al referirse a revocable nos dice: "Que se puede o se debe revocar."

Revocar.- .. Dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución" (5).

Como se desprende de todo lo anterior, se manejan dos situaciones; por un lado la posibilidad de hacerlo; y por el otro, el deber de hacerlo. Para el caso del testamento, únicamente se puede adecuar la primera, ya que es potestad de su autor el revocarlo o no. Por lo que dado el caso, es necesario definir el concepto de Revocación y al respecto la Enciclopedia Jurídica Omeba comenta: "(Del latín: Revocatio-Onis, acción y efecto de revocare dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución, acto jurídico que deja sin efecto a otro anterior por voluntad del otorgante" (6).

Adecuando las anteriores definiciones al tema del presente trabajo, podemos concluir que, el testamento o parte del mismo sólo puede ser revocado por su autor y considerando que el nombramiento de albacea forma parte del contenido de éste, el testador es el único facultado para variar, cambiar o sustituir a la persona que haya designado para tal efecto.

Pensar lo contrario atentaría contra la naturaleza del acto, ya que dejaría sin efecto la voluntad de su autor, característica esencial del testamento.

C) INTERPRETACION DE LAS DISPOSICIONES LEGALES AL RESPECTO.

Con el propósito de ser objetivos, en el presente apartado sólo nos referiremos a la ley que regula la materia. Permittiéndonos transcribir los comentarios del Lic. Lisandro Cruz Ponce al artículo 1493 "La renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula."

"Dispone el a. 1295 que el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre.

La principal característica del testamento la constituye su revocabilidad. Por tratarse de un acto de última voluntad, el legislador otorga al testador la oportunidad legal para que pueda expresar en cualquier instante, aun en trance de muerte, la manifestación de su última voluntad.

La voluntad del testador puede cambiar, como dice Laurent, y el cambio de voluntad no vulnera ningún derecho porque el heredero o legatario instituidos anteriormente en otro testamento, no tienen derecho alguno mientras viva el testador" (7).

Creemos conveniente hacer una pausa con la intención de no extraviarnos del objeto que perseguimos. En el párrafo anterior, interpretándolo a contrario

por no existir manifestación al respecto por parte del autor del testamento.

Aún cuando la ley trata de corregir su error, a través del artículo 1747 "Cuando el albacea haya recibido del testador algún encargo especial, además del de seguir el juicio sucesorio para hacer entrega de los bienes a los herederos, no quedará privado de aquel encargo por la revocación del nombramiento del albacea, que hagan los herederos. En tal caso, se considerará como ejecutor especial y se aplicará lo dispuesto en el artículo 1701."

A todas luces se vuelve a vulnerar la voluntad, ya que lo especial no radica en el objeto a que va dirigido, sino precisamente en la propia voluntad.

Pondremos un ejemplo para destacar la importancia de que subsista el cargo en determinada persona. El testador designa a una persona, por considerarla de su total confianza, para que lleve al cabo su última voluntad, sin que en ella se encuentre algún encargo especial, pero por simple arbitrariedad de los herederos se le revoca de su nombramiento, por que la ley así lo permite, contrariando con esto la voluntad de aquél.

Se nos podría cuestionar diciendo que en nada afecta el que otro cumpla lo dispuesto, ya que no se deja desprotegido al designado. Pero esto en nada corrige la deficiencia legal pues ataca la esencia natural del acto.

Volvamos al comentario del artículo 1493 por el ponente mencionado: "La facultad de revocación es esencial y el testador no puede renunciar a ella ni directa ni indirectamente, porque siendo el testamento la obra de una sola voluntad debe ser dejado sin efecto por esa misma voluntad. Al testador no se le puede impedir la facultad de revocar ni tampoco se le puede estorbar el libre ejercicio de esa facultad. El testador no puede adicionar las condiciones que la ley exige para la revocación de los testamentos, tampoco puede disminuirlas. Para revocar es necesario tener la misma capacidad que para disponer. La revocación puede ser total o parcial y toda disposición contenida en un testamento queda sujeta a la facultad de revocación. (Cours de Code Napoléon, Traité des donations entre-vive et des testaments, Paris, 3a. ed., t. V, vol. XXII, nos. 122 a 128, 1868, pp. 94 a 98).

Carece pues de validez la renuncia que hiciere el testador de su facultad de revocar el testamento que hubiere otorgado.

El a. 1316 en su fr. X declara incapaz de heredar al que usare de la violencia, dolo o fraude con una persona, para que haga, deje de hacer o revoque su testamento" (8).

D) TESIS Y JURISPRUDENCIA.

"FUENTE = SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION

EPOCA = 5A

TOMO = XCII

PAGINA = 1150

TITULO ALBACEA, REVOCACION DEL CARGO DE, POR
LOS HEREDEROS.

TEXTO AL ESTABLECER LOS ARTICULOS 1745,
FRACCION VI, Y 1746 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO
FEDERAL, QUE LA REVOCACION DEL CARGO DE ALBACEA PUEDE
HACERSE POR LOS HEREDEROS, SE REFIEREN A TODOS Y NO A UN

GRUPO DE ELLOS; PUES COMO PUEDE APRECIARSE DEL CONTEXTO MISMO DE TODO EL ARTICULADO QUE FORMA EL CAPITULO CUARTO, TITULO QUINTO, DEL CITADO CODIGO, CUANDO EL LEGISLADOR HA QUERIDO QUE LA MAYORIA DE LOS HEREDEROS SEA LA QUE DECIDA, ASI LO HA ESTABLECIDO EXPRESAMENTE, Y AUN MAS, HA INDICADO LA FORMA EN QUE DEBERA CALCULARSE LA MAYORIA EN TODOS LOS CASOS DE QUE HABLA DICHO CAPITULO. POR CONSIGUIENTE, NO EXISTIENDO ARTICULO EXPRESO QUE DIGA QUE LA REVOCACION DEL CARGO PUEDE HACERSE POR LA MAYORIA DE LOS HEREDEROS, DEBE ESTARSE A LA REGLA GENERAL DE LA EMISION DEL VOTO DE TODOS ELLOS.

PRECEDE/REFERENC

MARTINEZ DE CORCUERA CARMEN. PAG. 1150.

TOMO XCII. 30 DE ABRIL DE 1947. 4 VOTOS.

TOMO LIX, P. 772.

TOMO XXXII, P. 336."

"FUENTE = SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION

EPOCA = 5A

TOMO = XLVI

PAGINA = 5775

TITULO ALBACEA, SUSPENSIÓN TRATANDOSE DE LA
RESOLUCION QUE REVOCA EL NOMBRAMIENTO DE.

TEXTO LA SUSPENSION DEBE CONCEDERSE CONTRA LOS
EFECTOS DE LA RESOLUCION JUDICIAL QUE REVOCA EL
NOMBRAMIENTO DE ALBACEA, POR SURTIRSE LOS REQUISITOS
ESTABLECIDOS POR EL ARTICULO 55 DE LA LEY DE AMPARO.

PRECEDE/REFERENC

PEREZ JUAN DE DIOS, SUC. DE PAG. 5775.

TOMO XLVI. 9 DE DICIEMBRE DE 1935.

EL ARTICULO QUE CITA, CORRESPONDE AL 124 DE LA LEY
DE AMPARO VIGENTE."

"FUENTE = SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION

EPOCA = 5A

TOMO = CXXI

PAGINA = 2487

TITULO ALBACEAS, AMPARO PEDIDO POR LOS, CUANDO
SE LES REVOCA EL NOMBRAMIENTO.

TEXTO SI UN ALBACEA PIDE AMPARO, NO PUEDE ESTIMARSE QUE NO TIENE PERSONALIDAD PARA HACERLO, SI SE REVOCA SU NOMBRAMIENTO Y EN LA MISMA FECHA DE LA REVOCACION PRESENTA LA DEMANDA RESPECTIVA, Y DE ACUERDO CON LA LEY APLICABLE, DICHA RESOLUCION SURTIO EFECTOS AL DIA SIGUIENTE, EN LA FECHA DE PRESENTACION DE LA DEMANDA PUDO VALIDAMENTE HACERLO; MAXIME SI LA REVOCACION DEL NOMBRAMIENTO DE ALBACEA SE DEBIO A QUE EL JUEZ DE LOS AUTOS DEJO SIN EFECTO TAL NOMBRAMIENTO PORQUE EN SU LUGAR DESIGNO A OTRA PERSONA POR HABER SIDO DECLARADA ESTA COMO UNICA Y UNIVERSAL HEREDERA, Y PRECISAMENTE SE RECLAMO EN EL AMPARO TAL SENTENCIA Y SUS EFECTOS, CONSISTENTES EN LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA Y DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HEREDITARIOS, Y ADEMAS SURTIO EFECTOS LA SUSPENSION PEDIDA, POR LO QUE ESTANDO SUBJUDICE ESTA CUESTION, LA SUPREMA CORTE DEBE DECIDIRLA, POR HABERSELE PLANTEADO EN LA DEMANDA DE GARANTIAS.

PRECEDE/REFERENC

VERGARA VDA. DE RINCON MARIA DE LOS ANGELES. PAG. 2487.

TOMO CXXI. 29 DE SEPTIEMBRE DE 1954. 3 VOTOS. TERCERA SALA."

Como se desprende de los casos anteriores, en ningún momento se analiza la voluntad del testador, lo cual pudiera ser lógico por no ser objeto de la materia del amparo, pero esto confirma que la voluntad de éste no está sujeta a interpretación, si reúne los requisitos para que surta sus efectos después de su muerte.

Es decir, no debiera contravenirse la voluntad del testador cuando designa a una persona, con el carácter de albacea, para cumplir sus disposiciones; pues la ley al permitirlo comete una aberración, ya que por un lado, en vida del testador, le permite manifestarse a través del testamento en la forma que mejor lo considere y a su muerte, desvirtúa su voluntad al permitir que otros la contravengan sin razón para ello.

Por lo anterior, creemos que no es materia del amparo, ni de ninguna autoridad judicial el resolver sobre la revocación del cargo del albacea testamentario; por ser ésta monopolio de su autor, de acuerdo a la naturaleza del acto unilateral de voluntad y toda vez que el testador al momento de que surte sus efectos el testamento, ya no tiene posibilidad de manifestarse y oponerse a esa arbitrariedad.

Por lo que consideramos que existe confusión en cuanto a los términos, debiendo ser objeto de

declaración judicial, en cuanto a este respecto, sólo la remoción; ya que la litis surge por alguna irregularidad derivada del albacea; sus efectos y consecuencias son a partir de ellos; las partes que intervienen se encuentran presentes y pueden manifestarse; y un tercero, facultado para ello, resuelve conforme a derecho.

En consecuencia, debiera de adecuarse la fracción VI del artículo 1745 del Código Civil para el Distrito Federal, quedando de la siguiente manera:

VI. Por revocación de sus nombramientos hecha por los herederos, cuando éstos los hayan designado.

Y por consiguiente debe desaparecer el artículo 1747 del citado código que a la letra dice: "Cuando el albacea haya recibido del testador algún encargo especial, además del de seguir el juicio sucesorio para hacer entrega de los bienes a los herederos, no quedará privado de aquel encargo por la revocación del nombramiento de albacea, que hagan los herederos. En tal caso, se considerará como ejecutor especial y se aplicará lo dispuesto en el artículo 1701."

E) CITAS DE REFERENCIA.

1. ARCE Y CERVANTES, op. cit., pág. 56.
2. IBARROLA DE, Antonio, op. cit., pág. 660
3. DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho.
4. Gran Diccionario Enciclopédico Durvan, Tomo 10, Durvan, S.A. de Ediciones, Bilbao, España, 1981
5. Idem.
6. Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit.
7. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Comentado. op. cit., pág. 100
8. Idem, págs. 100-101.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Es importante completar la definición de testamento que nos proporciona el Código Civil para el Distrito Federal, a fin de que ésta incluya su naturaleza; es decir, el de ser un acto jurídico unilateral. Así como la posibilidad de que la referida definición se adecúe en lo relativo a sus objetos, permitiendo tanto la transmisión y la declaración o cumplimiento de deberes o, simplemente cualquiera de estas, agregando una o a su redacción.

SEGUNDA. Es importante distinguir la naturaleza de un acto con su resultado, ya que la creación del testamento depende de la voluntad de su autor; mientras que su consecuencia se da a partir de su muerte. En ese sentido, los efectos del testamento están condicionados a la muerte del testador.

TERCERA. Consideramos oportuna la reciente rectificación del legislador en el sentido de liberar la obligación de los testigos en el testamento público abierto, ya que la fe notarial existente supone la certeza requerida.

CUARTA. El testamento público simplificado viola el principio de acto esencialmente individual, ya que prevé la posibilidad de que transmitan dos o más personas un inmueble en un solo instrumento. No obstante que la intención de obviar el trámite respecto de un bien concreto parece acertada, de nueva cuenta se deja de lado la naturaleza del acto.

QUINTA. Sería conveniente que la ley aplicable diera una definición de albacea, considerando que son las personas designadas por el testador, los herederos, los legatarios o el juez, para liquidar y aplicar lo que integrara el patrimonio del autor de la sucesión, de conformidad con su última voluntad, o en su caso, por lo establecido en la ley, consistente en bienes, derechos y obligaciones, mediante la realización de los actos lícitos requeridos.

SEXTA. La naturaleza jurídica del albacea radica en el imperativo de que las cosas no deben quedar en la indeterminación, por tanto su existencia conlleva a la ejecución legal de lo que fuera el patrimonio de alguien que dejó de existir y que requiere ser transmitido.

SEPTIMA. La revocación de un acto solo puede recaer en quien le dio origen, de modo que la del albacea solo puede darse durante la vida del testador, cuando éste lo ha designado.

OCTAVA. Consideramos pertinente que se adecúe la fracción sexta del artículo 1745 de nuestro Código Civil, para quedar redactada de la siguiente manera: VI. Por revocación de sus nombramientos hecha por los herederos, cuando éstos lo hayan designado.

NOVENA. Consecuentemente debe desaparecer el artículo 1747 de ese ordenamiento, ya que en una plena confusión de la naturaleza del acto, determina que cuando el albacea haya recibido del testador algún encargo especial, además del de seguir el juicio sucesorio, no quedará privado de aquel encargo por la REVOCACION del nombramiento de ALBACEA que hagan los herederos.

BIBLIOGRAFIA.

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.

ARCE Y CERVANTES, José, De las Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.

ARELLANO GARCIA, Carlos, Práctica Forense Civil y Familiar, Novena Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.

BIALOSTOSKY, Sara, Panorama del Derecho Romano, Primera Edición, Editorial U.N.A.M., México, D.F.

CICU, Antonio, El Testamento, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1959.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, Instituciones de Derecho Civil Español, tomo III Derecho de Sucesiones, Nueva Edición revisada y puesta al día por: Alfonso de Cosío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Editorial Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959.

GOMIS SOLER, José, Teoría General de las Obligaciones, tomo III, Editorial José Gomis Soler, México, D.F. 1944.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio, Segunda Edición, Editorial Cajica, Puebla Pue. 1980.

IBARROLA DE, Antonio, Cosas y sucesiones, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen Segundo, Novena Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil Tomo II "Bienes, Derechos Reales y Sucesiones", Decimoctava Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1986.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano tomo IV "De las Sucesiones", Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.

SOHM, Rudolf, Instituciones de Derecho Privado Romano, Decimaséptima Edición, corregida por L. Mitteis

y sacada a luz por L. Wenger, traducción del alemán por W. Roces, Madrid, España.

URIBE LUIS, F, Sucesiones en el Derecho Mexicano, Primera Edición, Editorial Jus, S.A. México, 1962.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo V, Parte Especial, Segunda Edición, Editorial Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, España, 1921.

CODIGOS, DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, Comentado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Segunda Reimpresión, tomo III, Editorial Miguel Angel Porrúa, México, 1990.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Anotado y Concordado por el Lic. Manuel Andrade, Ediciones Andrade, S.A. de C.V., Décima Tercera Edición, México, D.F. 1990.

Diccionario de Derecho, de Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, Decimosegunda Edición aumentada y actualizada, Editorial Porrúa, S.A. México, 1984

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Reimpresión, tomo VIII, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

Gran Diccionario Enciclopédico Durvan, Tomo 10, Durvan, S.A. de Ediciones, Bilbao, España, 1981

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I-A, Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, Buenos Aires, 1954