

879309

50

Am



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE: 879309

El Testamento Como Fuente de Obligaciones

TEBIB

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
RODOLFO RAMIREZ GONZALEZ

ASESOR:
LIC. ARTURO HERNANDEZ ZAMORA

CELAYA, GTO.,

MAYO DE 1996.



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

PAGINA

INTRODUCCION.	1
----------------------	----------

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES SOBRE EL TESTAMENTO.

1.1. INTRODUCCION.	4
1.2. DEFINICION DEL TESTAMENTO.	6
1.3. CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO.	7
1.4. CAPACIDAD PARA HACER TESTAMENTO.	17

CAPITULO II

CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS EN ATENCION A SU FORMA.

2.1. LA FORMA EN EL TESTAMENTO.	21
2.2. FORMALIDADES EN EL TESTAMENTO.	22
2.3. CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS.	23
2.4. TESTAMENTOS ORDINARIOS.	24
2.5. TESTAMENTOS ESPECIALES.	29

CAPITULO III.

CONTENIDO DEL TESTAMENTO.

3.1. HEREDERO.	37
3.2. LEGATARIO.	40
3.3. ALBACEA.	51
3.4. TUTOR.	58

CAPITULO IV.

LAS NULIDADES DE LOS TESTAMENTOS.

4.1. CONCEPTOS GENERALES.	62
4.2. LA FALTA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR.	69
4.3. INOBSERVANCIA DE LA SOLEMNIDAD LEGAL.	72
4.4. LA EXISTENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD.	75
4.5. EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR MEDIO DE UN REPRESENTANTE.	77
4.6. EL OTORGAMIENTO SIMULTANEO DE DOS O MAS.	78

CAPITULO V.

EL TESTAMENTO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

5.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	80
5.2. EL LEGADO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.	81
5.3. EL LEGADO DE COSA AJENA.	83
5.4. LEGADOS DE DAR Y LEGADOS DE HACER.	84
5.5. APLICACION DEL REGIMEN DE LAS OBLIGACIONES DE DAR A LOS LEGADOS.	85
 CONCLUSIONES.	 90
 BIBLIOGRAFIA.	 94

INTRODUCCION.

En la presente investigación estudiamos al testamento como fuente de obligaciones, afirmando que las produce en la institución de ciertos legados. Efectivamente el legado normal consistente en la transmisión de derechos tiene la función de crear obligaciones, así como de modificarlas o extinguirlas, es decir, que el legado puede tener las mismas funciones que el convenio.

La función creada de obligaciones puede ser a cargo del albacea, de un heredero o de un legatario.

El efecto normal de un testamento es la transmisión de derechos. Efectivamente, cuando se deja en legado una cosa determinada existente en el patrimonio del testador se produce una transmisión de derechos como efecto principal, pero también se crea, como efecto secundario, ciertas obligaciones, tales como custodiar y entregar la cosa.

Además de estas obligaciones, por el testamento se puede crear otras, según el tipo de legado que instituya. Así podemos distinguir legados de algún hecho o servicio, en los cuales se crea la obligación a cargo del responsable del legado de prestar este hecho o servicio; legados alternativos en los que salvo disposición en otro sentido, la elección de la cosa corresponde al heredero. El

testamento crea a cargo de éste la obligación de elegir; en el legado de cosa ajena, que es válido si el testador sabía que la cosa legada no le pertenecía, el legado crea en el responsable de éste la obligación de adquisición no sea posible; en el legado de cosa propia del heredero o de un legatario crea en éstos la obligación de entregar la cosa legada o su precio; en los legados de dinero se crea la obligación de vender bienes de la herencia para obtener y entregar el dinero al legatario en el caso de que no lo haya en la herencia.

Del análisis en cuestión pudimos concluir que el testamento, en cuanto contiene legados, si es fuente de obligaciones. Desde luego, sin la trascendencia de las que expresamente la ley establece como tales, pero su función creadora es indiscutible. El estudio en sí resultó interesante, por ser un tema poco abordado por los tratadistas y por los docentes en el aula, cuando menos desde el punto de vista de la teoría de las obligaciones, por lo que haberlo analizado en este trabajo, constituye una modesta aportación al campo doctrinario, que en algo contribuirá a la difusión de la cultura jurídica.

EL SUSTENTANTE.

SUMARIO
CAPITULO PRIMERO
NOCIONES GENERALES SOBRE EL TESTAMENTO.

- 1.1. Introducción.**
- 1.2. Definición del testamento.**
- 1.3. Características del testamento.**
- 1.4. Capacidad para hacer testamento.**

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES SOBRE EL TESTAMENTO.

1.1. INTRODUCCION.

Nuestro sistema testamentario en México, en Guanajuato no es la excepción, deja a la persona en libertad para cualquiera de estas posibilidades.

- I. De elegir ella misma a sus sucesores (o sea nombrar herederos y atribuirles su herencia) y deja determinados bienes a legatarios por medio de un acto jurídico llamado testamento, por el que puede disponer de sus bienes para cuando fallezca, como lo estime más conveniente, sin más limitación que la obligación de dejar alimentos, en ciertos casos, a las personas que establecen la ley y que se verán al hablar del testamento. La regla general, de acuerdo con el artículo 2539 (C.C.GTO.) es que "el testador puede disponer de todo o de parte de sus bienes". Rige el principio de la libre testamentación "testamentifacio", llamada activa).
El testamento eficaz, llamado también disposición de última voluntad, da origen a la sucesión testamentaria, y a la llamada invitación que reciben los herederos para heredar. Por testamento se le conoce con el nombre de vocación hereditario por testamento.
- II. De no hacer testamento o de hacerlo sin que comprenda todos sus bienes. Esta situación da origen a la sucesión legítima (porque se origina en la ley "ex lege") conocida también con los nombres de intestada o abin in

testato". Cuando no jau testamento eficaz o sin el que hubiere no comprende todos los bienes, la ley llama como herederos de todos los bienes en el primer caso o de los no comprendidos en el testamento en el segundo, a los parientes más próximos (vocacion legal) y, en caso de falta de los mencionados en la ley, a la Universidad de Guanajuato (2841 C.C.GTO.). Por tanto, cuando haya bienes, siempre habrá herederos. Es importante señalar que esta sucesión legítima es supletoria de la testamentaria como se desprende del artículo 2838 (C.C.GTO.). Esto quiere decir que la ley de mayor relevancia a la voluntad que el llamamiento de herederos por la ley.

Sin embargo, puede coexistir los dos supuestos en una misma sucesión o sea que, al propio tiempo, sea testamentaria y legítima (sucesión mixta) lo que no quiere decir que existan dos sucesiones de una misma persona porque no puede haberlas, sino una sola sucesión basada en dos supuestos o llamamientos. Lo que sucede en este caso es que algunas personas son herederas o legatarias de aquellos bienes de que dispuso el testador en su testamento y otras son llamadas por ley como herederos de que dispuso el testador en su testamento y otras llamadas por la ley como herederos legítimos de aquellos otros bienes de los cuales no dispuso.⁽¹⁾

⁽¹⁾ ARCE y Cervantes José, DE LAS SUCESIONES, 3a. ed., México, D.F., 1992, P.P. 30-31.

1.2. DEFINICION DE TESTAMENTO.

El testamento es el más importante entre los actos jurídicos del derecho privado, porque en él se dispone de todo el patrimonio o de una parte de él, por la trascendencia de los actos extrapatrimoniales que puede contener, y él, por la trascendencia de los actos extrapatrimoniales que puede contener, y porque, a diferencia de los demás actos jurídicos, produce siempre sus efectos cuando el actor ha fallecido. "Testamento -dicen las partidas- es una de las cosas del mundo en que más deben los omes aver condura cuando o face: e esto por dos razones: la una porque en él muestran cual es la postrimera voluntad, si se muriesen non pueden tornar otra vez a enterezarlos nin facerlos de cabo".²

El acto de testar no es sólo un acto del hombre. Es un acto humano en el sentido que en la psicología y en la moral se da esta expresión. Envuelve elementos que no son solamente jurídicos, sino también aquellos otros que influyen en el testador en el ámbito moral, religioso, sentimental, económico, de incertidumbre y de ignorancia. Con razón dice Alcala-Zamora: "Para después de la existencia no se necesitan derechos, pero si tiene deberes". "La raíz de todo derecho (y el de testar lo es) es siempre una responsabilidad que hay que asumir."³

(2) ARCE y Cervantes José, Ob. Cit. p. 53.

(3) Idem.

Ordinariamente el testador se encuentra en una situación compleja: primeramente porque se haya ante una incógnita del día y circunstancia de su muerte; de la situación que tendrán las personas a quienes quisiera beneficiar y ante la perspectiva de que sus disposiciones van a surtir efecto cuando el mismo no puede ya intervenir para cambiarlas o ajustarlas. Actúa basado en el panorama que puede prever en el momento de testar, aunque con la reserva de modificar o de revocar su voluntad si se alteran los datos previstos o si su juicio sufriera mutación.

"Cada testamento-expresaba el cardenal Villot al Congreso de Juristas Católicos- es un caso concreto del orden jurídico general, pero que muy a menudo en mayor grado que cualquier otro negocio- atañe a la conciencia. Cada uno de ellos está rodeado de múltiples circunstancias contingentes particulares que, en cierto modo, lo hacen irrepetible.⁽⁴⁾

1.3. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO.

A). Es un negocio (acto) jurídico unilateral.

Es acto jurídico desde que se otorga porque desde ese momento tiene en sí todos los elementos constitutivos necesarios para su existencia. La muerte de su actor no lo perfecciona sino que solamente determina el comienzo de la producción de sus efectos, tampoco perfecciona la aceptación de la herencia y así lo reconoce

⁽⁴⁾ Ibidem, p. 54.

expresamente el código. El testamento otorgado legalmente- dice el Art. 2634 (C.C.GTO), -será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

Por su naturaleza es definitivo, aunque el testador tenga el derecho de revocarlo. El que lo otorga lo hace con intención de que esa voluntad suya expresada se cumpla si él no la revoca o la modifica. La muerte del autor actúa sólo como un presupuesto de producción de efectos: En este caso la muerte pertenece a los elementos que son extraños al acto de voluntad. Una vez que ha quedado debidamente formada la declaración testamentaria, ésta se convierte en algo que, en el mundo social, tiene un valor autónomo, objetivamente reconocible, que no depende ya del pensamiento de su autor y hace su camino por cuenta propia.

Para comprender la esencia del testamento hay que atender a un doble estadio: en el primero, una vez formado, adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor, puesto, si quisiera impedir sus efectos, tendría que revocarlo. Para los demás, antes de la muerte del autor, este acto jurídico llamado testamento es irrelevante en cuanto a negocio jurídico. Para ellos sólo adquirirá relevancia a la muerte del autor y, por eso, la solemnidad jurídica, como vehículo idóneo, custodia la muerte del testador. En esta misma fase, por otra parte, si el testamento es revocable, quiere decir que es un acto jurídico

implicaría un absurdo. En el segundo estadio, cuando ha fallecido su autor, el testamento no puede ser revocado y, empezará a surtir todos sus efectos.

Al definirlo, el código dice que es un acto personalísimo (2551 C.C.GTO.) y esta expresión tiene varios sentidos: Primeramente, que el testamento debe ser otorgado personalmente por el testador sin que pueda admitirse ninguna clase de representación o suplencia de la voluntad (como sería el caso del testamento por comisario o apoderado), ya que los actos que exigen intervención personal, no pueden otorgarse por un representante (2058 y 591-V C.C.GTO.).

Por otra parte la expresión mencionada indica que el testamento debe contener la voluntad de una sola persona. Es, por tanto, como dice Cicu, un acto unipersonal. Este carácter de unipersonalidad en testamento tiene como fin garantizar la espontaneidad de la voluntad que ahí se manifiesta, es decir, la no concurrencia con otras voluntades que pudieran influirla, así como la libertad para revocarla. Expresamente prohíbe el código que el mismo acto testen dos personas (2552 C.C.GTO.). En el testamento no participa como otorgante sino como testador. Otras personas que pudieran intervenir (notario, testigos) concurren sólo para verificar la veracidad del acto.

Por su naturaleza de acto único incluye también cualquier otro acto que no sea testamentario, aunque puede contener otros actos de última voluntad que no sea naturalmente testamentarios -que llamamos contenido atípico de

testamento y que son formalmente testamentarios- pero siempre que se trate de negocios unilaterales de posible efecto para después de la muerte.

B). Acto de última voluntad.

Es decir, "mortis causa" ó, como dice el código "para después de la muerte" (2551 C.C.GTO.). Es decir, es un acto jurídico con efectos diferidos a cierta época cronológicamente posterior a su otorgamiento, puesto que la producción de efectos está sujeta a la "conditio juris" de la muerte. La muerte es el único punto de vista que tiene el testador y la que determina su voluntad. Es la muerte la que señala el principio de la producción de sus efectos y las disposiciones propiamente testamentarias, no deben producir ninguna antes de este hecho. Este carácter indica también que la voluntad contenida en el testamento es la definitiva del testador mientras no la cambie. Se dice que es "ultima voluntad" porque subsiste hasta la muerte, mientras no se reveoque. Se presume que la voluntad expresada por el testador es lo que él hubiera querido en el último momento de su vida. La voluntad testamentaria no caduca ni prescribe por el transcurso del tiempo.

C). Es un acto esencialmente revocable.

Este carácter deriva del anterior. Puesto que expresa una última voluntad y la voluntad humana es cambiante, el testador es libre de mudar su voluntad hasta el infinito para que el testamento que haga exprese realmente su voluntad definitiva. "La voluntad dice Cicu no puede vincularse en si misma, mientras no haya un vínculo jurídico. El código sanciona este carácter de definición del

testamento (2551 C.C.GTO.), al considerar nulos la renuncia de testar o de hacerlo bajo ciertas condiciones (2748 C.C.GTO.), y al reconocer la facultad del testador de revocar un testamento para revivir uno anterior (2752 C.C.GTO.) y en las demás disposiciones que regula la revocación (2750 y 5751 C.C.GTO.) y es que el individuo no puede despojarse anticipadamente del ejercicio de un derecho o de un poder necesariamente ligado a un derecho, como la facultad de disponer.

D). Es un acto libre.

Por ser eficaz plenamente la voluntad testamentaria debe ser libre y consciente. La violencia que fuerza la voluntad y el error que oscurece la inteligencia, impiden que el acto viciado por ellos sea eficaz. La definición de testamento en el código (2551 C.C.GTO.) exige esta libertad. Sanciona con la nulidad del testamento que se haga bajo la violencia (2741 C.C.GTO.) y el captado por dolo o fraude (2743 C.C.GTO.) y declara que no producen efectos las disposiciones que se fundan en causa expresa que resulte errónea, si fue la única que determinó la voluntad 2557 (C.C.GTO.). El 2744 (C.C.GTO.) asegura el ejercicio del derecho de testar cuando alguien pretende impedirlo.

D). Es un acto libre.

Pero no lo es por esencia en nuestro derecho. El código admite que el testamento contenga disposiciones patrimoniales y otras que no lo sean (2551) y aunque en él no haya institución de heredero (2634) y por consiguiente, que no contenga legados (2647). No implica que sea de bienes propios (llegando de

cosa ajena); puede contener disposiciones de bienes que, al momento de testar, no sean propios del testador y que adquiera después. Es válido dejar en herencia o legado de bienes que el testador adquiera después. Es válido dejar en herencia o legado de bienes que el testador adquiera con posterioridad al otorgamiento. Se dice también que es un acto de disposición en el sentido de que es un acto "ordenador de bienes" y de las relaciones de familia. Esta facultad de disposición es el reconocimiento del señorío exclusivo que tiene el testador sobre el contenido del testamento.

F). Es negocio no receptivo.

La declaración o negocio receptivo es la que se emite o el que se dirige a una persona a quien se va a afectar. Está destinado a ser recibida por otro y, para su eficacia, requiere que se haga llegar o se envíe a ese otro. Tal es el caso, por ejemplo, del ofrecimiento para contratar (1292 C.C.GTO. y siguientes). Mientras no llega o no se envía al beneficiario, esa declaración es revocable, pero, una vez que se ha llegado o que se ha enviado, se vuelve irrevocable.

El testamento no es de esta clase y por eso se dice que no es receptivo; no se dirige a los sucesores del testador ni a ninguna persona; no está destinado a ser conocido antes de la muerte del testador y más aún, por su naturaleza es secreto. Este carácter de no receptivo se origina en dos circunstancias: De que, por voluntad del testador (y además por la naturaleza misma del testamento) esa voluntad suya expresada debe surtir efectos antes de su muerte, y de que en este caso, que se vuelva una nada jurídica.

G). Es un acto solemne.

Este elemento no está mencionado en la definición de código. Se entiende por solemnidad, aquella forma de los actos jurídicos que se exige no "ad probationem" que simplemente son una "forma de valer", sino que se requiere "ad solemnitatem", para que el acto tenga existencia como tal o sea "forma de ser". En estos casos la forma da al ser el matrimonio en nuestro código exige una solemnidad (291-III-C.C.GTO.).

El testamento es otro caso que requiere esa forma solemne. En el código esta expresión da al hablar de la forma de actos de última voluntad (2775 C.C.GTO.) y establece la nulidad del testamento cuando se otorga en contravención a las formas prescritas (2747 C.C.GTO.) y en especial al testamento público abierto (2775 C.C.GTO.) y del cerrado (2789C.C.GTO.). El artículo 1719 C.C.GTO., incluye la solemnidad de la regla general de la nulidad relativa por falta de forma. En el capítulo de ineficacia del testamento, se verá esto con más extensión. El tráfico jurídico exige que la manifestación del testador no provoque dudas. El artículo 2740 C.C.GTO., establece la nulidad de nombramiento de heredero o legatario, hechos en memorias o comunicados secretos.

El contenido es la expresión de la voluntad del testador capaz; es sustancia del acto. El Código Civil (ley sustantiva) reglamenta quienes pueden hacerlo y las modalidades que pueden tener esa manifestación. El "continente" es la forma

del negocio. Del suyo es la forma accidental porque señala "el cómo" debe manifestarse la voluntad y toca reglamentarla a la ley adjetiva. Pero para el caso de los testamentos públicos, encontramos que ese contenido y su continente, están reglamentados en el código civil, entre otras razones, porque, en los casos de testamento, la forma entra en composición con el contenido, o sea, con la sustancia del acto, de modo que el contenido (expresión de voluntad), no tiene existencia jurídica si no está en composición con la forma (instrumento notarial, conducta del testador, testigos y el notario en el testamento público cerrado). Se trata, entonces, de lo que se llama forma "ad solemnitatem", o sea solemnidad. Cualquiera de los dos que falten, el testamento así viciado, no entra bajo la protección del orden jurídico.

Algo semejante ocurre con otros negocios jurídicos, por ejemplo: en ciertos títulos de crédito. La ley sustantiva que los rige (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), los define y señala sus defectos, pero también establece ciertos requisitos de los mismos que entran en composición de ellos (76, 176, 210) de modo que, si no satisfacen ciertos requisitos, el documento de que se trata no es título de crédito.

En el caso de testamentos públicos, el código civil los define. Dispone lo que puede contener y lo que no puede contener (y esto corresponde a la ley sustantiva). Pero también regula una mínima de forma (y esto es propio de la ley adjetiva). Por otra parte, al expresar la ley "ante notario" está remitiendo a los modos de actuar de ese funcionario como tal o sea a la ley adjetiva que lo

regula, entre otras cosas, el modo de ser el instrumento público que el notario elabora. El instrumento público es, pues, el continente y la ley adjetiva lo regula y puede cambiar sus requisitos (por ejemplo que el notario, en vez de actuar en el protocolo, lo haga en hojas autorizadas previamente, y numeradas).

No se trata de hacer una preferencia de leyes para saber cual de ellas la tiene mayor. En nuestro caso, las dos pueden provenir del mismo poder legislativo: El Congreso de la Unión que es también el Poder Legislativo del Distrito Federal (Art. 73-VI Constitucional).

En otros casos, el Código Civil habla de la forma usando el término "por escrito" (1839, 1908 C.C.GTO.) pero tiene otras disposiciones más que se refieren a las firmas (1321 C.C.GTO.). Por tanto ese "escrito" podría hacerse no en papel, sino por ejemplo en una pared, en un trozo de madera, y será válido. Pero cuando la ley dice "ante notario", está remitiendo a todo el derecho adjetivo que debe cumplir ese funcionario. Cuando el Código Civil hable de la forma de testamento público, es porque quiere que estos actos tengan ese mínimo de forma y los demás que ordene la ley adjetiva. Esta puede agregar o cambiar requisitos de instrumento público (continente), pero no suprimir requisitos del negocio (contenido), de los caracteres del testamento antes explicados, se derivan varias consecuencias:

1. El testamento no vincula al testador ya que no hay un sujeto activo a cuyo favor se haya otorgado, por lo que el testador continúa en el goce de todos sus derechos sobre los bienes de su patrimonio y comprometido a cumplir sus obligaciones como si tal testamento no existiera.

2. Antes del fallecimiento del testador, el testamento no crea derechos, y ni siquiera expectativas protegibles jurídicamente, a favor de los que han sido nombrados beneficiados en el mismo.
3. El negocio jurídico en general y el testamento por consiguiente, es un instrumento de autonomía privada justamente en el sentido de que es puesto por la ley a disposición de los particulares a fin de que puedan servirse de él para disponer de bienes propios y bienes ajenos, es decir, para imponer un ajuste en sus intereses. En consecuencia, por su sola voluntad, el testador no tiene facultad de vincular u obligar a terceros por medio de disposiciones testamentarias. Si quiere obligarlos, no tiene más remedio que interesarlos como beneficiarios en su testamento y en el cumplimiento de los deberes que en el mismo les quiera imponer. Esto sólo lo puede lograr si subordina su nombramiento de herederos o legatarios a la condición de que cumplan esas obligaciones o se les impone una carga anexa al beneficio que les conceda.
4. Las disposiciones del testador sobre quién o quiénes deben pagar sus deudas o en qué proporciones, obligan internamente a los beneficiados en el testamento, pero no a los acreedores al testador, cuyos créditos siguen garantizados con todos los bienes del patrimonio del de cujus (2455 C.C.GTO.), independientemente de las personas a quienes corresponda recibirlos por virtud del testamento.
5. El testamento no es anulable por simulación por esta figura no puede darse en él. Efectivamente, la simulación implícita que haya partes que "declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se

ha convenido entre ellas" (1671 C.C.GTO.) y como en el testamento no hay partes, no pueden existir en él esta causa de nulidad. Lo que sí puede haber en el testamento es una declaración falsa del testador hecha a sabiendas de la falsedad y entonces se está en el caso de una reserva mental, generalmente será irrelevante jurídicamente porque, lo que tiene valor en el testamento es lo que existe en ese documento solemne donde está expresada la voluntad testamentaria, sea verdadera o falsa.

1.4. CAPACIDAD PARA HACER TESTAMENTO.

Como todo acto jurídico, requiere una capacidad. Igual que en materia de obligaciones, la capacidad para testar es la regla general: pueden testar todos aquéllos a quien la ley no prohíbe expresamente ese derecho (2561 C.C.GTO.). Como ya se dijo, esta capacidad general no implica que cualquiera que la tenga puede hacer testamento mediante cualquiera de las formas establecidas por la ley. Hay pues incapacidades relativas en cuanto a la forma: no puede otorgar testamento público abierto el que no pueda expresar cumplida y claramente su voluntad (2745 y 2768 C.C.GTO.); los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento público cerrado (2785 C.C.GTO.); el demente en un intervalo de lucidez, no puede hacer otro testamento que el público abierto (2563) el menor de edad no puede hacer el ológrafo (2806 C.C.GTO.). Para usar las formas de los testamentos especiales, es necesario estar en las particulares circunstancias previstas para esos casos (2757 C.C.GTO.).

Tienen capacidad general para hacer testamento:

Primero.

Los que no han cumplido los 16 años, sin distinción de sexo (2562-I C.C.GTO.). Aquí la ley reduce la edad con respecto a la capacidad para contraer obligaciones (694 C.C.GTO.). La razón de esto es que el menor de edad al testar no contrae ninguna obligación ni compromete su patrimonio y, por otra parte, la ley lo considera con criterio suficiente para hacer disposiciones "mortis causa". Este es un criterio semejante al que se sigue para el matrimonio (145 C.C.GTO.).

Surge la cuestión de saber cuándo debe entenderse "cumplidos" los dieciséis años, o sea si el tiempo se cuenta de momento a momento o por años.

La ley no da reglas para esto, ni cuando se trata de matrimonio ni de la mayoría de edad (694 C.C. GTO). Por una parte, en el acta de nacimiento debe hacerse constar la hora (66 C.C.GTO). Por otra, en materia de descripción se cuentan por años y no de momento a momento (1274 C.C.GTO.) el día que comienza la prescripción debe contarse completo aunque no lo sea (1277 C.C.GTO). Creemos con Polacco y Planiol, que la edad debe contarse de momento a momento por lo que habría de atender a la hora del nacimiento para determinar la capacidad para testador. Pensamos que esté no es criterio estrecho porque, de todas maneras habría que referirse a una hora. Si se cree que hasta la llegada del día en que se cumplan 16 años y no la hora, habría que atender a la hora en que empieza ese día y entre fijarse en uno o en otra, es

lógico que sea la del nacimiento. Otros opinan que el día del cumpleaños debe ser completo.

Segundo. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio (2562-II C.C.GTO). Las expresiones son incorrectas porque, en los artículos 2564 C.C.GTO. y siguientes permite y reglamenta el testamento del demente en un intervalo de lucidez. En consecuencia, el código debería decir que están incapacitados los privados de su cabal juicio o que no tengan intervalos de lucidez.

No están privados de capacidad general para testar los ebrios consuetudinarios, los pródigos, los que no pueden o no sepan escribir (2770 C.C.GTO.), los ciegos, ni los sordos que no sepan leer (2772 C.C.GTO.), los sordomudos que sepan escribir (2786 C.C.GTO.), mientras no entren dentro de los casos de incapacitados por minoría de edad o demencia, aunque algunos de éstos tendrán que sujetarse a las formas determinadas para testar. Por último la capacidad no puede ser suprimida por sentencia civil o penal. El sordomudo que no sabe leer no puede sujetarse a la forma.

El testamento del incapaz, siguen siendo nulo aun cuando éste recobre la capacidad.⁵

(5) Ibidem, p.p. 62-63.

SUMARIO
CAPITULO SEGUNDO
CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS EN ATENCION
A SU FORMA.

- 2.1. La Forma en el testamento.**
- 2.2. Formalidades en el testamento.**
- 2.3. Clasificación de los testamentos.**
- 2.4. Testamentos ordinarios.**
- 2.5. Testamentos especiales.**

CAPITULO SEGUNDO

CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS EN ATENCION A SU FORMA.

2.1. LA FORMA EN EL TESTAMENTO.

Hemos dicho que el testamento es un acto jurídico formal en virtud de que para su validez se requiere que la voluntad del testador conste por escrito, y excepcionalmente puede manifestarse en forma verbal. Para los testamentos ordinarios y a explicamos que el conjunto de formalidades o molde formal constituyen una verdadera solemnidad para su existencia.

En todo testamento la manifestación de la voluntad debe ser expresa, y nunca tácita. No es válido el testamento si el testador manifiesta su voluntad contestando por medio de monosílabos a preguntas que se le hagan o bien respondiendo por señas en otros actos jurídicos se aceptan la manifestación de la voluntad tácita que se desprenden de hechos que necesariamente hacen presumirla. Por ejemplo, en los contratos puede formarse el consentimiento como acuerdo de voluntad derivado en forma tácita de la conducta de las partes, sin que se expresen en forma oral. Existen contratos que por costumbre se ejecutan sin hablar. Las ventas pequeñas en que se toma la cosa y se paga, u otros actos los que se deduce en forma evidente la voluntad de las partes, permiten su otorgamiento por manifestación tácita del consentimiento.

Para el testamento existe disposición especial que requiere para su validez que el autor de la herencia exprese su voluntad. Esta voluntad puede expresarla

en forma verbal, sólo en determinados casos y circunstancias muy especiales, o bien en forma escrita y dentro de ésta se admite el testamento privado también en casos y circunstancias excepcionales.¹

2.2. FORMALIDADES EN EL TESTAMENTO.

Dichas formalidades son las siguientes:

1. Continuidad en el acto, es decir, que no haya interrupción en la práctica de las formas exigidas, según se trate de testamentos ordinarios o especiales. No puede, por consiguiente, llevarse a cabo cualquier testamento interrumpido el acto para continuarlo en la misma fecha o en otra distinta de la en que fue iniciado.
2. Presencia de testigos. Cualquiera que sea el testamento, ordinario o especial, se hará ante testigos. Para algunos testamentos se exige la intervención de notario, pero éste ya será un requisito especial.
3. Identidad del testador y su capacidad, que debe ser reconocida y apreciada por los testigos, o bien por los notarios y los testigos. En todo testamento, sea ordinario o especial, es necesario que se declare o certifique sobre la entidad del testador manifestar los testigos conocerlo y además, que se encuentra en su cabal juicio y libres de toda coacción. Sin embargo, este requisito general, esta formalidad, no origina siempre la

(1) ROJINA Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, BIENES, DERECHOS REALES Y SUCESIONES, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1981, p.p. 339-409.

nulidad del testamento. Si no se hace esta certificación respecto a identidad, capacidad o libertad del testador, pero si no se llega a justificar, no produce ningún efecto el testamento otorgado, ante la incertidumbre de quién fue la persona que testó.²

2.3. CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS.

En cuanto a su forma, el código vigente distingue dos clases de testamentos:

I. LOS ORDINARIOS.

- a). Testamento público abierto.
- b). Testamento público cerrado.
- c). Testamento ológrafo.

II. TESTAMENTOS ESPECIALES.

Son aquellos que se hacen tomando en cuenta determinadas circunstancias y sólo en atención a las mismas permite recurrir a esa forma privilegiada, no siendo eficaz en los casos ordinarios.

- a). Testamento privado.
- b). Testamento militar.
- c). Testamento marítimo.
- d). Testamento hecho en país extranjero.³

(2) ROJINA Villegas Rafael, p.p. 339-409.

(3) Idem.

2.4. TESTAMENTOS ORDINARIOS.

a) TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

Es un testamento ordinario y formal en el cual el testador manifiesta claramente su voluntad ante notario y tres testigos y el notario redacta por escrito esa manifestación, sujetándose estrictamente al tenor de ella; una vez hecha la redacción, dará lectura al testamento y si el testador da su conformidad, será firmada por éste, el notario y los testigos.

Además de este requisito, de señalar el lugar, la fecha y la hora en todo testamento público abierto, el notario debe cumplir con la formalidad general que hemos enunciado, que se encuentra en pleno juicio y que está libre de toda coacción (Art. 2760 C.C.GTO).

Respecto a los testigos que deben intervenir en el testamento, se observarán las prohibiciones que existen para los testigos en general y que estatuye el Art. 2758 C.C.GTO. En seguida se regulan en el código una serie de detalles para el caso en que el testador no pueda o no sepa firmar: será preciso que un nuevo testigo autorice el acto o por imposibilidad absoluta, se permitirá que lo haga uno de los amanuenses del notario.

Se reglamenta también el testamento público abierto cuando se otorga por un sordo. En este caso manifestará su voluntad, el notario redactará por escrito el testamento y lo leerá al testador, y si no sabe leer, designará persona

de su confianza que lea el testamento para determinar si el notario interpretó fielmente su voluntad.

Cuando el testamento público abierto es hecho por un ciego, se dará doble lectura del testamento, una por el notario y otra por una persona que determine el testador.

Cuando el testamento público abierto es otorgado por quien no hable español, será necesaria la presencia de dos intérpretes y los testigos deberán hablar el idioma que el testador. Este redactará su testamento por escrito, y si no supiere o pudiere escribir, declarará su voluntad a los intérpretes, quiénes escribirán el testamento que dicte aquél y harán la traducción al castellano; ésta se asentará en el protocolo del notario, mandándose agregar al apéndice correspondiente a dicho protocolo, el documento privado en que se encuentra redactado el testamento, que deberá ser firmado por el testador en su caso.

b) TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

El testamento público cerrado, es aquel en el cual el testador hace sus disposiciones en un documento privado, que guarda en un sobre cerrado, y que es escrito por el mismo testador o por otra persona a su ruego, firmando al calce y rubricando todas las hojas, y si no sabe o no puede firmar, lo hará otra a solicitud suya Arts. 2776 a 2781 del Código Civil del Estado de Guanajuato. En este testamento interviene el notario y testigos, pero sólo para hacer constar en la cubierta del sobre que lo contiene, la declaración del testador, en presencia de

los testigos, de que en dicho sobre se encuentra un pliego que contiene su testamento. Tanto el testador como los testigos y el notario deberán firmar en la cubierta, y este último, pondrá su sello y timbrará el sobre de acuerdo con las disposiciones de la ley general del timbre.

Cuando el testamento público cerrado es otorgado por un sordomudo, deberá ser escrito por éste; de otra manera no será válido. En tal virtud los sordomudos que no sepan escribir no podrán hacer testamento. Además, el testador hará constar en la cubierta en que en ella existe un pliego que contiene su voluntad, que ha sido escrito y redactado por él, estando las hojas rubricadas y firmando el testamento al calce. Sin esta serie de requisitos que deben constar en la cubierta y que el notario dará fe, el testamento no será válido.

Una vez que el notario tenga conocimiento de que ha muerto el que otorgó un testamento público cerrado, comunicará este hecho al juez y le remitirá el sobre en que se contenga el testamento. El citará al notario y los testigos que hayan intervenido para que den fe de que el sobre se encuentra en las mismas condiciones en que fue entregado por el testador, que no ha sido alterado o abierto, y también para que reconozcan sus firmas. Si no fuere posible citar a todos los testigos por estar ausentes o estar muertos alguno de ellos, la audiencia se llevará a cabo con los testigos presentes y con el notario y a falta del notario, el juez deberá recibir información testimonial para que las personas que conozcan las firmas de aquellos que intervinieron como testigos y el notario, declaren si en su concepto esas firmas son auténticas y si las personas

mencionadas se encontraban en el lugar y en la fecha a que se refiera la constancia que aparezca en la cubierta del testamento cerrado. Después de cumplir estas formalidades y una vez demostrada la autenticidad del sobre, porque haya sido abierto o en alguna forma violado, el juez lo abrirá y mandará protocolizar el testamento.

c) TESTAMENTO OLOGRAFO.

El testamento ológrafo que reconoce el código civil vigente, considerado como testamento ordinario, es el escrito por el testador, de su puño y letra, siempre y cuando sea mayor de edad que sepa, naturalmente, saber leer y escribir. Este testamento debe otorgarse por duplicado y guardarse en un sobre cerrado cada uno de los ejemplares. Se presentará ante el director del Registro Público de la Propiedad y se manifestará ante dicho director y en presencia de testigos que en ese sobre se contiene el testamento. Debe comparecer directamente el testador y hacer una manifestación. El director del Registro Público exigirá que se compruebe la identidad del testador. También certificará que se encuentra en su cabal juicio y libre de toda coacción. Una vez cumplidos estos requisitos hará constar que uno de los sobres contiene un sobre, según declaración del interesado, en el cual se encuentra manifestada su última voluntad, quedando depositado ante el citado director. En el otro sobre hará constar este último que se entrega al testador y que contiene una copia del testamento, según manifestación de éste. Debe firmar la constancia, el director del Registro Público y dos testigos. El otro que se entrega al testador podrá constar este último que se entrega al testador y que contiene una copia del

testamento, según manifestación de éste. Debe firmar la constancia, el director del Registro Público y dos testigos. El otro que se entrega al testador podrá conservarse o depositarlo en el archivo judicial. Para el caso de depósito en el archivo judicial se levantará la constancia de entrega del sobre y se entregará al testador una copia certificada por el director del archivo de esa razón. El testador puede en cualquier momento retirar del registro público y del archivo judicial el testamento ológrafo o por medio de apoderado especial que nombre. Cuando se retire un testamento ológrafo se debe tomar razón tanto por el director del Registro Público en el libro correspondiente, como en los casos en que se haya depositado en el archivo judicial.

Tomando en cuenta esta nueva forma de testamentos, se prescribe, para radicar un intestado, como una obligación del juez, la de pedir informe al Registro Público de la Propiedad, para saber si el autor de la sucesión otorgó o no testamento ológrafo y además, se impone al director la obligación de informar al juez, en el caso de que conozca la muerte del que ha otorgado, un testamento ológrafo. También las personas que tengan conocimiento de este hecho, están obligadas a informar al juez.⁴

(4) Idem.

2.5. TESTAMENTOS ESPECIALES.

a) TESTAMENTO 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. El testamento privado se autoriza sólo en los casos en que existan imposibilidad de otorgar testamento ordinario, es decir, público abierto, público cerrado u ológrafo.

Estos casos de imposibilidad se refieren a una enfermedad grave, o cuando no exista en la población notario o juez que actúe con funciones notariales, o bien que haya imposibilidad de que concurren al otorgamiento del testamento, bien sea por la urgencia del caso o por circunstancia que imposibiliten su presencia: fuerza mayor, enfermedad, epidemia, etc. Para que sea válido el testamento privado, es indispensable que el testador, si no puede otorgar un testamento ordinario, por la gravedad de su enfermedad o por las causas antes indicadas, esté después también imposibilitado de hacerlo, porque muera en virtud de la enfermedad o bien fallezca dentro del mes siguiente al otorgamiento del testamento.

El testamento privado debe ser redactado por el testador, escrito por éste, o bien, si no sabe o no puede escribir, por uno de los testigos que concurren. Deben ser testigos idóneos, es decir, con todos los requisitos que hemos indicado

para ser testigos de testamento. Si los testigos no saben o no pueden escribir o por urgencia del caso es imposible hacer la redacción antes de que muera el testador, valdrá la simple manifestación verbal, pero para ello se requiere que los testigos declaren a ciencia cierta sobre las siguientes circunstancias:

1. Lugar, día y hora en que se otorgó el testamento.
2. Las causas por las que no fue posible hacer el testamento por escrito.
3. La enfermedad o causa que impidió al testador otorgar testamento ordinario.
4. Si el testador murió de la enfermedad que padecía y en qué fecha.
5. Si el testador se encontraba en pleno juicio y se manifestó claramente su voluntad. En este caso los testigos dirán los términos más o menos textuales de la declaración de voluntad que hizo el autor de la herencia; y
6. Que el testador no se encontraba sujeto a ninguna coacción (Art. 2829 C.C. GT).

b) TESTAMENTO MILITAR.

El testamento militar es un testamento especial que se permite sólo en los casos en que el militar o el asimilado al ejército entra en campaña o resulta herido en el campo de batalla. También este testamento especial se acepta para los prisioneros de guerra. Puede otorgarse en forma verbal o escrita, ante dos testigos. Puede el testador, en el momento de encontrarse herido en el campo de batalla, entregar su testamento escrito y firmado de su puño y letra o bien al entrar en batalla. Si no tiene testamento escrito y por la urgencia del caso no es posible que el testador o los testigos lo escriban, es suficiente la manifestación

verbal que lleva a cabo en presencia de dos testigos que deben concurrir siempre en esta clase de testamentos. En el caso en que únicamente exista declaración verbal, los testigos informarán al jefe de la corporación para que éste dé parte del Secretario de la Defensa Nacional y a su vez éste denuncie el caso al juez competente. El juez citará a los testigos para que, como en el caso de testamento privado cuando se otorga oralmente, declaren a ciencia cierta sobre los siguientes hechos:

1. Lugar, día, hora, mes y año en que se otorgó el testamento verbal.
2. Haber conocido al testador, así como haberlo identificado y reconocido en el acto en que se hizo el testamento.
3. Indicarán el temor de la disposición testamentaria. En este caso informarán al juez sobre las palabras y deseos del testador.
4. Declararán si el testador se encontraba en su pleno juicio y libre de coacción.
5. Indicarán la causa por la cual no pudo hacer testamento por escrito; y
6. Si el testador murió de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba.

Después de haber recibido declaración sobre todos estos hechos, si las informaciones de los testigos coinciden, el juez considerará que existe legalmente testamento al tenor de la información producida por los testigos.

Este testamento sólo producirá efectos, como en el caso anterior, si el militar muere de la enfermedad o herida, en el momento de peligro en que se encontraba o bien dentro de un mes. La razón es la siguiente: es preferible si el

testador no muere de la enfermedad o peligro en que encontraba y transcurre más de un mes, se supone que estuvo en condiciones de hacer testamento ordinario. Por este motivo, la ley requiere que tampoco hubiera podido hacer testamento ológrafo, es decir, la clase más sencilla del ordinario. Para el testamento militar se aplican las reglas del privado, contenidas en los artículos 2826 a 2833 (Art. 2837 C.C.GTO).

c) TESTAMENTO MARITIMO.

Es un testamento especial que se otorga estando el testador en alta mar a bordo de un buque nacional, bien sea de guerra o mercante. Este testamento debe constar siempre por escrito y otorgarse antes de dos testigos y el capitán de la embarcación extendiéndose dos ejemplares que conservará el propio capitán y tomará razón en el libro diario del buque. Se exigen dos ejemplares en virtud de que se imponen al capitán la obligación de entregar de ellos en el primer punto que toque, si existe un funcionario consular mexicano o un agente diplomático y el otro lo remitirá al tocar territorio nacional a la primera autoridad marítima o bien, a ésta enviara los dos ejemplares si no puede entregar el primero a ningún agente consular o diplomático mexicano. Exigirá el capitán recibo del agente consular o de la autoridad marítima. Esta dará parte al funcionario judicial competente para que se proceda a la apertura de la sucesión con citación de los interesados.

El testamento marítimo se caracteriza, por consiguiente, como testamento especial en forma escrita, en tanto que el privado y el militar son los únicos testamentos especiales que puede revestir la forma escrita o la oral.

d) TESTAMENTO HECHO EN EL PAIS EXTRANJERO.

Es un testamento especial que puede sujetarse a las formalidades de la ley extranjera cuando tenga su ejecución en la República Mexicana, o bien, puede otorgarse ante los agentes diplomáticos o consulares mexicanos, observándose las formalidades de la ley mexicana. A éste efecto, los agentes diplomáticos y consulares tienen funciones notariales y pueden recibir testamentos ológrafos.

El testamento hecho en país extranjero puede sujetarse a las leyes del país en que se otorgue y tiene plena validez en la República, en virtud del principio de que el lugar rige al acto (*locus regit actum*) reconocido por el artículo 15 del código conforme al cual los actos jurídicos en cuanto a su formalidad se sujetarán a la ley del lugar en donde se otorguen. Este mismo artículo admite la posibilidad de que sí el acto va a tener ejecución en el Distrito o Territorios Federales, quedará su autor en libertad de sujetarse a las formalidades prescritas por nuestro Código Civil. Este precepto es idéntico en los códigos de los estados. El artículo 1594 estatuye que los secretarios de legación, cónsules y los vicecónsules mexicanos podrán hacer a veces de notarios o de encargados del registro en el otorgamiento de los testamentos de los nacionales en el extranjero, en los casos en que las disposiciones testamentarias deben tener su ejecución en el Distrito o Territorios Federales. Es el único caso en que se

permite que el agente diplomático o consular ejerza funciones de encargado del Registro público, ya que hemos visto que los testamentos ológrafos, es decir, los que son hechos de puño y letra del testador, mayor de edad, deben depositarse ante el citado Registrador Público, entregándole el pensamiento por duplicado, para que se conserve un ejemplar en poder del Registro Público y otro se entregue al testador. El agente diplomático o consular que haga las veces de encargado del Registro cumplirá con todas las disposiciones que requiere el código para el otorgamiento de estos testamentos, es decir, exigirá que se le entreguen dos ejemplares en sus respectivos sobres cerrados; que en uno haga constar el testador que en él se contiene su voluntad, firmando en presencia del funcionario consular o diplomático, en la cubierta del sobre y en unión de los testigos; y en el otro se asentará que el testador manifestó que en el mismo se encuentra una copia del original que ha dejado del agente consular de que se trate.

Para los casos en que se otorgue ante los funcionarios mencionados, se impone la obligación de dar parte a la secretaría de relaciones para que en el caso de muerte del testador, publique esté hecho a fin de ponerlo en conocimiento de los interesados, así como que otorgó testamento en país extranjero ante determinado agente consular o diplomático, para que promueva la apertura del testamento. La Secretaría de Relaciones no tiene, en este caso que dar parte a la autoridad judicial. Serán los interesados en el testamento los que ocurran ante la autoridad judicial competente para solicitar la apertura de la sucesión. Por conducto de la Secretaría de Relaciones se entregará el

testamento público abierto o cerrado que se hubiese otorgado ante el agente diplomático o consular, pero si el testamento es ológrafo, éste se remitirá por la Secretaría de Relaciones al encargado del Registro Público de la propiedad que corresponda al domicilio señalado por el testador, para que a su vez éste lo remita al juez competente.⁵

(5) **Ibidem.**

SUMARIO
CAPITULO TERCERO
CONTENIDO DEL TESTAMENTO.

- 3.1. Heredero.**
- 3.2. Legatarios.**
- 3.3. Albacea.**
- 3.4. Tutor.**

CAPITULO TERCERO CONTENIDO DEL TESTAMENTO.

3.1. HEREDERO.

La institución de heredero es el nombramiento que debe hacerse en el testamento de la persona o personas que han de heredar al autor de la herencia, esta sustitución es de carácter universal, en el sentido de que el instituto sucede al autor testamentario.

El código lo caracteriza por que adquiere a título universal (2540 C.C.GTO). Es al que se le atribuye la universalidad de su patrimonio o una parte alícuota del mismo. Tiene una vocación eventual a la totalidad de los bienes del autor de la sucesión. Es propiamente el sucesor del "de cujus", sustituto en la titularidad de su patrimonio. Por tanto es el heredero el que responde de las cargas de la herencia (2540 C.C.GTO). En consecuencia, su carácter no nace de la calificación que haga el testador sino del papel que tenga con relación a la herencia, independientemente del calificativo con el que se le designe (2638,2667 C.C.GTO). En el testamento el heredero sustituye al autor en la titularidad de su patrimonio, o del conjunto de los bienes "como cascada". Si el testador deja un bien o conjunto de bienes especificados, se está ante una disposición a título particular y, por tanto se trata de un legado.

Del mismo modo el término "heredero" suscita la idea de que esa persona es el sucesor del fallecido. De esta suerte, se considera que el carácter de heredero, si no un estado, es una "condición" en la que se encuentra esta persona que, ya sea por voluntad del testador o por disposición de la ley, por ser precisamente quien es, fue llamada a ser sucesor del difunto, la que recibe la masa hereditaria y la que debe pagar las deudas (2540 C.C.GTO). Esta condición de heredero, que hasta cierto punto es "intuitu personae", trae consigo efectos jurídicos propios. Por esta causa se considera que conforme a la máxima "semel heres semper heres" (una vez heredero, siempre heredero), este carácter de heredero es indeleble y no puede ser transferido por él. Como antes se dijo el heredero podrá hacer la cesión de sus derechos hereditarios, inclusive de la totalidad de los mismos, pero no de su condición de heredero. Opinamos que, aun en este caso por conservar su "condición" de heredero, sigue éste obligado a cumplir otras obligaciones tales como encargarse de los funerales del autor de la herencia, velar por su fama y en su caso, cumplir disposiciones no patrimoniales del mismo, y en general obligado en todos los demás deberes sin contenido económico y posible titular de derechos que no tengan ese contenido y que sean inherentes a la condición de heredero ya que nada de esto puede quedar comprendido en una cesión de derechos hereditarios.

El heredero debe siempre instituirse respecto a partes alícuotas del patrimonio hereditario, indicando mediante un quebrado la porción que represente. No obstante esta disposición expresa, la ley en algunos casos no la aplica en sus términos, como ocurre en el artículo 3009 C.C.GTO., en el que

expresamente se alude a la designación de bienes determinados en la institución de herederos.

El heredero debe ser designado por su nombre y apellido, dice el Art. 2642 C.C.GTO., y si hubieren varios que tuvieren el mismo nombre y apellido deben agregarse otros nombres y circunstancias que distingan al que quiere nombrar.

La designación de heredero puede ser individual o colectiva. La primera es aquella en que el testador designa nominalmente al heredero y la segunda se refiere a un conjunto de personas.

La designación de herederos puede ser simultánea o sucesiva.

En la primera todos son instituidos para entrar desde luego en el goce de sus derechos a la muerte del testador. La segunda se sujeta la adquisición hereditaria al orden señalado en el testamento y conforme a las condiciones y requisitos que en el mismo se precisan.

La designación de heredero puede ser subcausa, que es aquella en que el testador declara el motivo que lo indujo a hacer la designación.⁽¹⁾

(5) BAQUEIRO ROJAS Edgar y BUENROSTO Baez Rosalia DERECHO DE FAMILIAR Y SUCESIONES, Edit. Harla, México, D.F., p.p. 259-304.

3.2. LEGATARIOS.

El legatario consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un servicio o hecho, en favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o un legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que éstas se determinen posteriormente.

a) OBJETO O MATERIA DEL LEGADO.

El legado puede consistir tanto en la prestación de un bien, como de un servicio, es decir, existe legado de dar o de hacer. Los legados de dar tienen por objeto la transmisión del dominio, del uso o goce de una cosa o de un derecho. Los legados de hacer, implican una obligación impuesta a un heredero o a otro legatario para cumplir un servicio en favor del legatario instituido.

Requisitos de los legados de dar:

- 1. La cosa debe existir en la naturaleza.**
- 2. Debe estar en el comercio.**
- 3. Debe ser determinada o determinable.**

Cuando el legado tiene por objeto la prestación de un servicio, es decir, cuando es un legado de hacer, el hecho debe ser posible, tanto física como legalmente y, además lícito.

b) TRANSMISION DE LA PROPIEDAD Y POSESION DEL LEGADO.

En materia de herencia hemos expuesto un principio general diciendo que la propiedad y posesión de los bienes hereditarios se transmiten al heredero en el momento de la muerte del autor de la herencia y que por tanto, desde ese momento tiene derecho a los frutos; que aunque no tenga la posesión material, desde el punto de vista jurídico se reputa poseedor, porque el albacea posee en su nombre.

Cuando el legado recae sobre la cosa indeterminada, pero susceptible de determinación, según las reglas antes expuestas, el legatario no adquiere el dominio ni la posesión sino hasta el momento en que la cosa sea cierta y determinada con conocimiento del legatario.

c) DE LA ENTREGA DE LA COSA LEGADA.

La cosa legada debe ser entregada con todos sus accesorios, accesion y mejoras, útiles necesarias o voluntarias que hubiere hecho el testador o el propietario. Son a cargo del legatario los gastos de la entrega, a no ser que otra cosa hubiere dispuesto el testador. Son a cargo del legatario las contribuciones de la cosa y los gravámenes reales pesen sobre la misma, con excepción de los gravámenes hipotecarios o prendarios. Cualquier otro gravamen de usufructo, uso, habitación o servidumbres, son a cargo del legatario que recibe la cosa gravada.

d) LEGADOS NULOS Y VALIDOS.

Son nulos los legados en los casos siguientes:

1. Cuando recaen sobre cosa propia individualmente determinada que no exista en la herencia.
2. Cuando recae sobre cosa ajena, ignorándolo el testador.
3. Cuando recae sobre un bien inmueble indeterminado comprendido en género determinado que no exista en la herencia.

e) INEFICIENCIA DE LOS LEGADOS.

El legado queda sin efectos antes de la muerte del testador en los siguientes casos:

1. Si antes de la muerte del testador parece la cosa, bien sea por que se pierda, se destruya o quede fuera del comercio.
2. Cuando el testador sufra evicción de la cosa.
3. Cuando el testador enajene la cosa; pero si la recupera, produce entonces todas consecuencias.

Después de la muerte del testador, el legador queda sin efecto en los siguientes casos:

1. Cuando parece la cosa sin ser imputable este hecho al que debe entregarla.
2. Cuando muerto el testador, el que deba entregar la cosa sufre evicción.

f) DISTINTAS CLASES DE LEGADO.

1. De cosa propia.
2. De cosa ajena.
3. De cosa determinada.
4. De cosa indeterminada, pero comprendida en género determinado.
5. De géneros.
6. De cantidad.
7. De cosa dada en prenda o hipoteca.
8. De un crédito.
9. De deuda determinada.
10. Genérico de liberación de deudas.
11. Preferentes.
12. Remuneraciones.
13. De alimentación.
14. De educación.
15. De pensión; y
16. De usufructo, uso o habitación.

1. Legado de cosa propia.

Sobre este legado existen las siguientes reglas: es válido si recae sobre cosa individualmente determinada propia del testador que exista en la herencia; por lo tanto, es nulo si no existe en la misma. La propiedad y posesión de la cosa determinada, se transmite al legatario en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia. El riesgo de la cosa corre

desde ese momento a cargo del legatario. Queda sin efecto el legado, si la cosa perece antes de la muerte del testador, si éste sufre evicción o si la enajena.

2. **Legado sobre cosa ajena.**

Este es válido si el testador a sabiendas de que es ajena, impone la obligación al heredero o al albacea de adquirirla para entregarla al legatario. Por consiguiente, será nulo si se ignora esta circunstancia, es decir, si presume que es propia y con tal carácter la transmite por legado.

3. **Legado de cosa determinada.**

La propiedad y posesión de la cosa se transmite al legatario en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia. El legatario no puede exigir la entrega de la cosa sino a partir del momento en que se ha garantizado el pasivo y aprobado el inventario. Puede retener la cosa cuando ya la conservaba en su poder, antes de la muerte del autor de la herencia, pero gravada con la responsabilidad subsidiaria que se impone a todo legatario, es decir, para el caso del activo distribuido por herencia no alcance para saldar el pasivo.

4. **Legado de cosa indeterminada.**

Este tiene la característica especial de que no transmite el dominio ni la posesión al legatario sino hasta que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento de éste.

5. **Legado de géneros.**

Estos comprenden cosas que generalmente se determinan por su cantidad, peso o medida. Por consiguiente, para que sea válido el legado de géneros,

debe indicarse por el testador, la cantidad, peso o medida u otros medios de determinación.

6. Legado de especie.

El legado de especie es aquel que se hace sobre un bien individualmente determinado.

7. Legado de cantidad.

Se refiere al legado en dinero, o sea de una especie determinada: cantidad de dinero.

8. Legado de cosa dada en prenda o en hipoteca.

El legado de cosa dada en prenda tiene dos formas: La primera consiste en que la cosa dada en prenda por el testador para garantizar un adeudo o bien, cosa que recibió en prenda el testador de un tercero para garantizar una deuda de éste. La segunda se refiere a la cosa ajena que el testador ha recibido en prenda para la garantía de un crédito.

Para la cosa dada en hipoteca se aplica también el mismo principio: El legatario debe recibir el bien sin el gravamen hipotecario y si tiene que cubrirlo para evitar el remate, se subroga en los derechos del acreedor.

9. Legado de deuda determinada.

Trae consigo la liberación de esa deuda con la obligación que tiene el heredero gravado o el albacea, de entregar el documento justificativo de pago. El legado de una deuda puede hacerse expresa o tácitamente.

10. Legado genérico de liberación de deudas.

Es aquel por el cual el testador libera a su deudor de todas las deudas, pero comprende sólo las anteriores al testamento, en virtud de que se

presume que no puede ser otro el alcance de su voluntad, para abarcar deudas futuras que desconozca o cuya garantía no haga presumir que fue su intención perdonar. Este legado trae consigo la liberación no sólo de las obligaciones principales, sino también de las accesorias (fianza, prenda o hipoteca).

11. Legado preferente.

En este legado se confiesa una deuda por el testador y se reconoce respecto a los legatarios el derecho preferente reconocido, para ser pagado antes que aquéllos, si no alcanzaren los bienes de la herencia.

12. Legado remuneratorios.

Son aquellos que hace el testador en compensación de un servicio que ha recibido del legatario, que no implica una obligación civil exigible, sino un deber de carácter moral.

13. Legado de alimentos.

Son aquellos que deja el testador para la subsistencia de una persona durante su vida o durante un cierto plazo. Cuando no existe disposición que fije un plazo, el legislador presume que fue la voluntad del testador instituirlo por la vida del legatario, en virtud de alguna causa seria, como enfermedad, incapacidad u otro semejante, ha motivado el legado. Para fijar una pensión alimenticia, se aplican las reglas generales sobre alimentos.

14. Legado de educación.

Es aquel que se instituye por el testador para los menores de edad a fin de garantizar una cantidad suficiente para que se eduquen. Por consiguiente,

el legado de educación cesa cuando se llega a la mayoría de edad o bien cuando se concluyen los estudios durante la minoría de edad o se tiene un oficio, profesión o arte que permita al legatario subsistir.

15. Legado de pensión.

Es aquel por el cual el testador otorga una renta vitalicia a una persona para que periódicamente reciba la cantidad necesaria para subsistir.

16. Legado de usufructo, uso o habitación.

Puede el testador instituir el legado de usufructo, uso o habitación para que durante la vida del legatario sea de esos derechos reales. Por consiguiente a falta de disposición en el testamento todo legado de usufructo, uso o habitación se reputa vitalicio, o sea, durante la vida del legatario.

g) CLASIFICACION DE LOS LEGADOS POR RAZON DE SUS MODALIDADES.

1. Puros y simples.
2. Sujetos a término.
3. Condicionales.
4. Onerosos.
5. Alternativos.
6. Remuneraciones; y
7. Modales.

1. Legados puros y simples.

Son aquellos en los que no se imponen algún término, condición, carga o modo.

2. Legados sujetos a término.

Se distinguen los legados bajo término suspensivo y extintivo, de día cierto o incierto. Legados sujetos a día cierto son aquellos que dependen de un plazo prefijado por el testador. El legatario adquiere el dominio y posesión de los bienes desde el momento de la muerte del testador, pero los frutos no se entregarán sino hasta que se cumpla el plazo prefijado. El término en este caso no es para suspender al nacimiento del derecho, ya que quedó creado definitivamente por el testamento, sino simplemente para suspender la ejecución del legado hasta que se cumpla el plazo.

Puede también el término ser extinto. En este caso el legatario adquiere derecho al legado como si fuera puro y simple, pero se extingue al llegar el plazo prefijado. Este plazo puede ser cierto o incierto, pero de realización forzosa.

3. Legados condicionales.

Dependen de un acontecimiento futuro e incierto, de cuya realización nacerá el derecho del legatario o habrá de extinguirse. En el primer caso se trata de condición suspensiva, en el segundo, de legados bajo condición resolutoria.

4. Legados onerosos.

Son aquellos que hace el testador fijando un gravamen o carga para el legatario.

5. Legados alternativos.

Son aquellos que se instituyen facultando al heredero o al legatario para elegir entre dos o más cosas.

h) EXTINCION DE LOS LEGADOS.

Tres causas originan la extinción de los legados:

1. Por acto del testador.
2. Por acto del legatario; y
3. Con relación a la cosa legada.

POR ACTO DEL TESTADOR.

La extinción de un legado por acto del testador se debe a la revocación expresa o tácita que puede llevar a cabo del mismo. La renovación expresa reviste dos formas:

Quando de manera categórica lo declara así el testador, o bien cuando utiliza el testamento para dejarlo sin efecto.

La revocación tácita se presenta en los siguientes casos:

1. Cuando el testador cambia la forma de la cosa, demostrando con ello que dese hacer un uso distinto de aquel señalado en el testamento para el legado.
2. Cuando enajena la cosa dada en el legado, pero si recupera ésta, el legado recobra su eficacia.

3. Cuando instituye a otr como legatario de la cosa que anteriormente había dejado a persona distinta. Se interpreta debiedamente la intención del testador de dejar sin efecto al primer legado.

POR ACTO DEL LEGATARIO.

1. Cuando el legatario repudia el legado.
2. Cuando se hace incapaz de adquirir por alguna cosa de incapacidad.
3. Cuando no cumple la condición señalada para la transmisión del legado.
4. Cuando muere antes que el testador.
5. Cuando muere antes de que se cumpla la condición impuesta para el legado.

CON RELACION A LA COSA:

1. Cuando la cosa queda fuera del comercio.
2. Cuando la cosa perece, bien sea antes o después de la muerte del testador, por causa no imputable al heredero.
3. Cuando la cosa se pierde por evicción.²

(2) BAQUEIRO Rojas Edgard y BUENROSTRO Baez Rosalia, Ob. Cit. p.p. 317-330.

3.3. ALBACEA.

I. DEFINICION.

Los albaceas son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir con 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. Es decir, los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias.

II. CLASIFICACION DE LOS ALBACEAS.

1. Por su origen, el albacea puede ser:

a). Testamentario.

b). Legítimo o electo.

c). Dativo.

a). El Albacea Testamentario.

Es el designado en el testamento.

b). El Albacea Legítimo o Electo.

Es el que señala la ley en el caso del heredero único (el albacea por disposición legal), o el designado por los herederos o por los legatarios de no haber heredero.

c). El Albacea Dativo.

Es el que proviene del nombramiento que haga el juez, cuando los herederos no forman la mayoría para lograr su designación, no se presenten herederos a la sucesión testamentaria y el testador no lo haya designado en el testamento, o el nombrado no se presente.

2. Por la amplitud de sus facultades o por las características de sus funciones, los albaceas pueden ser:

- a). El albacea universal.
- b). El albacea particular o especial.

a). El Albacea Universal.

Es el encargado de realizar todas las funciones de su cargo. Existe en la sucesión testamentaria como en la intestada.

b). El Albacea Particular o Especial.

Es el designado por el testador para cumplir con algún cargo en especial. Es propio de la sucesión testamentaria y subsiste de forma simultánea con el universal.

3. Por su género, los albaceas pueden ser:

- a). Unico.
- b). Sucesivos.
- c). Mancomunados.

- a). El Albacea Unico.
Lo constituye una sola persona designada por el testador o por los herederos, y ejerce su cargo en forma individual.
 - b). Los Albaceas Sucesivos.
Son varias personas que nombra el testador, para que ejerzan el cargo de forma individual, y sucesiva cuando falte alguno o no acepte el cargo.
 - c). Los Albaceas Mancomunados.
Son varias personas nombradas por el testador para que ejerzan el cargo actuando conjuntamente. Decidan por mayoría de votos y en caso de empate, decida el juez.
4. Por su duración, los albaceas pueden ser:
- a). Definitivos.
 - b). Provisionales.
- a). El Albacea Definitivo.
Es nombrado por el testador o por los herederos, son los albaceas legítimos y los electos. Estos deben cumplir con su encargo hasta su culminación.
 - b). El Albacea Provisional.
Es el judicial o dativo, es el nombramiento por el juez antes de que los herederos nombren al definitivo; sólo dura en su cargo hasta que el definitivo se presente.

III. NATURALEZA JURIDICA DEL ALBACEAZGO.

Se ha considerado al albacea como un mandatario del testador o de los herederos, como un representante legal de la herencia; también se ha dicho que un mandatario post mortem o bien, que hay un mandato sui generis con el objeto de poder explicar múltiples anomalías o especialidades que no comprende el mandatario ordinario, principalmente la relativa a la extinción por muerte del mandante.

IV. FACULTADES, OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL ALBACEA.

El albacea nombrado por el testador tiene como primordial obligación cumplir con las disposiciones del testamento:

1. Todos los albaceas cualquiera que sea su origen, deben:
 - a). Asegurar los bienes de la herencia.
 - b). Formular los inventarios y avalúos.
 - c). Tramitar el juicio sucesorio, presentando el testamento, si lo tiene; representar a la herencia y todos los juicios relativos a los bienes hereditarios, defender la validez del testamento y contestar las peticiones de herencia.
 - d). Administrar la herencia y rendir cuentas de su gestión. Dentro de estas obligaciones está la de pagar las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias y distribuir los productos de los bienes mientras realiza la partición.

- e). Efectuar la partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.
- f). Caucionar su manejo bajo fianza, prenda o hipoteca. El testador no puede eximirlo de esta obligación, pero pueden hacerlo los herederos. Si el albacea es heredero o legatario su porción o legado servirán de garantía.

2. El albacea no puede:

- a). Gravar o enajenar los bienes de la herencia. Si para cumplir con las obligaciones hereditarias se necesita vender algún bien, se requiere del acuerdo de todos los herederos o de autorización judicial. Otros casos en que pueden venderse los bienes sucesorios son cuando éstos pueden deteriorarse o sea difícil su conservación, o sea ventajosa la venta de los futuros.
- b). Dar en arrendamiento los bienes sucesorios por más de un año.
- c). Transigir y comprender en árbitros los negocios de la herencia.
- d). Renunciar a la prescripción que corra a favor de la herencia.

V. DURACION DEL ALBACEAZGO.

El plazo para cumplir con el cargo de albacea se cuenta desde el momento de su aceptación o desde que terminaron los litigios sobre la validez o nulidad del testamento. Es a partir de entonces cuando pueden iniciarse la liquidación.

El plazo para que el albacea definitivo cumpla con su encargo es de un año, pero los herederos pueden prorrogarlo hasta por otro.

El albacea que se nombra por el juez o los legatarios, entretanto designen los herederos legítimos sólo deberá durar, conforme al artículo 2927 C.C.GTO., el tiempo que sea necesario para que dichos herederos procedan a la elección de un albacea definitivo.

VI. RENDICION DE CUENTAS DEL ALBACEAZGO.

Los artículos 2960 a 2963 C.C.GTO., regulan esta obligación del albacea en los términos siguientes:

Art. 2960 C.C.GTO. 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 del albaceazgo. También rendirá cuenta de su administración, cuando por cualquier causa deje de ser albacea.

Art. 2961 C.C.GTO. La obligación que de dar cuentas tiene el albacea, pasa a sus herederos.

Art. 2962 C.C.GTO. Son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispensa al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas.

Art. 2963 C.C.GTO. La cuenta de administración debe ser aprobada por todos los herederos; el que disienta, puede seguir a su costa el juicio respectivo.

VII. TERMINACION DEL CARGO DE ALBACEA.

El artículo 2983 C.C.GTO., regula los distintos casos que dan término al cargo de albacea.

Los cargos de albacea acaban:

- a). Por término natural del encargo.
- b). Por muerte.
- c). Por incapacidad legal, declarada en forma.
- d). Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen o la beneficiencia pública.
- e). Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo.
- f). Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos.
- g). Por remoción.³

⁽³⁾ ROJINA Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, BIENES, DERECHOS REALES Y SUCESIONES, Edit. Porrúa, S.A. México D.F. 1981, p.p. 328 y s.s.

3.4. TUTOR.

La función del tutor es la guarda de la persona y bienes de los que sin estar sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural o legal o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos (502 C.C.GTO.). La tutela es un cargo de interés público (*munus publicum*) del que nadie puede eximirse sino por causa legítima (550, 571, 506 C.C.GTO.). Por regla general, el tutor debe prestar caución para asegurar su manejo, con las excepciones que menciona el Art. 574 C.C.GTO., así como rendir cuenta de su administración, obligación esta que no puede ser dispensada ni por última voluntad testamentaria (652 C.C.GTO.).

Pueden nombrar tutor testamentario (por testamento) las siguientes personas únicamente en los casos que en seguida se enumeran (530 C.C.GTO):

- I. El padre y la madre y los ascendientes de aquellos menores sobre los que ejerzan la patria potestad, ya se trate de ascendientes en primer grado (hijos) o de posteriores grados (nietos) y de hijo póstumo (524 C.C.GTO.).
El adoptante que ejerza la patria potestad, tiene también derecho de nombrar tutor de su hijo adoptivo (535 C.C.GTO.).
- II. El padre y la madre de su hijo sujeto a interdicción sobre el que ejerza la tutela (529 C.C.GTO.).
- III. El adoptante de su hijo adoptivo (535 C.C.GTO.) ya que con respecto a él, tiene los mismos derechos y obligaciones de un padre (451 C.C.GTO.).

IV. El que deje bienes por herencia o legado aunque sea menor no emancipado, puede nombrar un tutor especial de incapaz que no esté bajo patria potestad, para la administración de los bienes que le deje (527 C.C.GTO.).

Con respecto a estos nombramientos, hay que tener en cuenta las siguientes normas:

1. Ningún incapaz puede tener, al mismo tiempo, más de un tutor definitivo (508 C.C.GTO.).
2. El tutor sólo puede desempeñar la tutela hasta de tres incapaces, al menos que éstos sean humanos o coherentes o legatarios de la misma persona, en cuyo caso puede nombrarse un tutor de todos ellos (509 C.C.GTO.) que sería tutor común (528 C.C.GTO.).
3. El testador puede nombrar tutores sustitutos (531 C.C.GTO.), el orden en que deben desempeñar su cargo (532 C.C.GTO.) y poner condiciones al nombramiento (534 C.C.GTO.).
4. El nombramiento del tutor testamentario excluye de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados (525 Y 490 C.C.GTO.), pero si los ascendientes excluidos estuvieren ausentes o incapacitados, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a menos que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela (526 C.C.GTO.).

5. El testador puede relevar al tutor de la obligación de dar garantías para el desempeño del cargo (574-I C.C.GTO.), pero no la de rendir cuenta (652 C.C.GTO.).
6. En caso de que padre y la madre designaran como tutores de la misma persona a dos personas diferentes, prevalecerá el nombramiento del que muera al último, ya que el nombramiento que hizo el que murió primero caducó porque, en ese momento, el menor o incapacitado no necesitaba tutor por subsistir la patria potestad o la tutela del padre o de la madre que sobrevivía.

El nombramiento del tutor puede ser también condicional, en cuyo caso, mientras éste falte, el juez proveerá de tutor interino al menor (534 C.C.GTO.). Así mismo, el que tiene derecho a nombra tutor tiene que establecer las reglas, limitaciones y condiciones para la administración de la tutela, que no sean contrarias a las leyes y deberán ser observadas a no ser que el juez oyendo al tutor o curador, las estime dañosas al menor, caso éste en que podrá dispensarlas o modificarlas 8533 C.C.GTO.). El tutor tiene derecho a retribución que podrá fijar el que lo nombre (638 C.C.GTO.) pero no podrá ser menor de cinco ni mayor del diez por ciento de las rentas líquidas del menor (638 C.C.GTO.). Podrá ser aumentada si los bienes del menor tuvieren un momento debido exclusivamente a la diligencia del tutor (639 Y 640 C.C.GTO.).⁴

⁽⁴⁾ ARCE Y Cervantes José, DE LAS SUCESIONES, Edit. Rorrúa, S.A. México D.F., 1992, p.p. 108-110.

SUMARIO
CAPITULO CUARTO
LAS NULIDADES DE LOS TESTAMENTOS.

- 4.1. Conceptos generales.**
- 4.2. La falta de capacidad del testador.**
- 4.3. Inobservancia de la solemnidad legal.**
- 4.4. La existencia de vicios en la voluntad.**
- 4.5. El otorgamiento de testamento por medio de un representante.**
- 4.6. El otorgamiento simultáneo de dos o más.**

CAPITULO CUARTO

LAS NULDADES DE LOS TESTAMENTOS.

4.1. CONCEPTOS GENERALES.

Hay que distinguir entre nulidad total del acto testamentario o sea la que priva al mismo de todo efecto jurídico como si no lo hubiere otorgado y la nulidad o ineficacia de las disposiciones que contiene, porque en este caso, aún cuando afectara a todas las disposiciones, no la priva del efecto de ser revocatorio de los anteriores testamentos. En el primer caso se trata de una patología o anormalidad del testamento y en el segundo de caducidad de las disposiciones testamentarias.

Nuestro código civil, contiene un capítulo dedicado a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos y, de acuerdo con el Art. 1357 C.C.GTO. esas disposiciones serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos (por tanto, al testamento), en los que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales.

En este capítulo se establecen tres clases de ineficacias que podemos resumir como sigue:

a). Inexistencia.

Que se da por falta de consentimiento o de objeto que puede ser materia de él. No produce efecto legal alguno, no puede ser confirmado, ni prescribe y puede hacerse valer por cualquier interesado (1715, 1281 C.C.GTO.).

b). Nulidad absoluta.

En el Artículo 7 del C.C.GTO., se dispone que los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la disponga lo contrario.

Con estos elementos podemos, por consiguiente, considerar que en el testamento cuando se persiga un fin ilícito por el testador (cuando, por ejemplo, se diga que se destinan sus bienes para la realización de actos que sean inmorales o delictuosos), estarán afectado de nulidad absoluta. Cuando la ley no deroga esta regla general consagrado en el Art. 7 C.C.GTO., y sancionada por el 1716 C.C.GTO., la nulidad en principio tendrá el carácter de absoluta. Se necesita enonces, precepto expreso que declare que un acto ilícito está arectado de nulidad relativa, atribuyéndole las características de la confirmación o de la prescripción para derogar esta norma general. En el testamento no encontraremos ninguna disposición especial que determine la nulidad relativa del acto, cuando el fin que se proponga el testador sea ilícito y por tanto, debe clasificarse como una nulida absoluta.

Los perjudicados por el testamento podrán invocar en cualquier tiempo la nulidad; que la prescripción no puede purgar este vicio, cualquiera que sea el tiempo transcurrido. Tampoco este acto es susceptible de confirmación porque si el testador revoca su testamento y hace uno nuevo en el que ya no se contenga aquella finalidad ilícita, no se tratará entonces de una ratificación sino de un nuevo otorgamiento.

No obstante que la nulidad absoluta del testador en cualquier tiempo se puede invocar (y que esta acción puede intentarse por los presuntos herederos legítimos, es decir, por los parientes consanguíneos a quienes perjudiquen el testamento, o por el ministerio público inclusive, así como por los instituidos en el testamento como herederos o legatarios), la ley fija un término para reclamar la herencia y este término es de diez años (acción de petición de herencia). De manera que no tendría interés para los presuntos herederos dejar pasar ese término, después de la muerte del testador, porque aún cuando pudiesen impugnar el testamento como nulo después del plazo indicado, esta nulidad no les beneficiaría, ya que el término para reclamar la herencia habría transcurrido.

c). Nulidad relativa o a nulidad.

Cuando reúne los caracteres que se enumeran en el Art. 1717 y 1718 C.C.GTO. como causas de esta nulidad, el código menciona las siguientes: el error, el dolo, violencia, incapacidad y la falta de forma, si no se trata de actos solemnes.

1. El error.

En el acto jurídico unilateral no puede darse el caso de error destructivo de la voluntad, porque como se forma por la manifestación de una sola voluntad, basta con que se otorgue aunque exista algún vicio o el sujeto sea incapaz, como en el caso del enajenado o del menor, para que exista el elemento volitivo.

2. El dolo.

En materia de testamentos únicamente se dice que es nulo el testamento captado por dolo o por violencia, y en la palabra captado tenemos un elemento suficiente para considerar que la voluntad ha sido falseada, es decir, que ha sido víctima de un error es su causa determinante, pues de lo contrario no se le habría captado (Art. 2743 C.C.GTO.).

3. La violencia.

La violencia en cuanto a los testamentos, no sólo puede ejercerse sobre el testador en su forma física o moral, sino también sobre sus parientes, sobre su cónyuge y uno o en otro caso implicará la nulidad del testamento.

El código, a propósito de la violencia en los testamentos, se refiere a la violencia moral; pero no es una definición incompleta, ya que debe también comprenderse la física. El Art. 2741 C.C.GTO., supone el caso de amenazas, es decir, la violencia moral. En cambio, para los contratos se comprende la violencia física y la moral y ésta disposición debe ser aplicable a los testamentos por razón ya expuesta (Art. 1307 C.C.GTO.).

En los testamentos se vuelve a plantear el problema, para determinar la clase de nulidad que sea; pero el problema se complica, porque ya no encontramos un precepto expreso que puede servirnos como en los casos de incapacidad y error para admitir un término de prescripción. El único precepto que existe, señala la prescripción en la acción por violencia, pero refiriéndose

expresamente a los contratos y da un término de seis meses a partir del momento en que cese la violencia para que se ejercite la acción de nulidad. Fuera de este término, la acción prescribe (Art. 1728 C.C.GTO.).

En los testamentos, el término de prescripción debe contar a partir del momento de la muerte del testador, de manera que si hizo un testamento bajo el imperio de la violencia debe correr el término de prescripción, no para él, sino a partir de la muerte del testador. El término de seis meses no podremos, por tanto, aplicarlo porque se refiere a contratos y porque este término parte del momento en que cesa la violencia.

Ante esta dificultad, tendremos entonces que recurrir al término general de la prescripción negativa, que según la doctrina debe considerarse aplicable no sólo para las obligaciones, sino también para las acciones, ya sean éstas reales, personales o de nulidad, siempre y cuando el legislador no señale un término menor.

El fundamento de acuerdo con la doctrina es bastante para considerar que si hay un precepto que dice que al acto jurídico en los casos de violencia está afectado de nulidad relativa y posteriormente la ley no reglamenta la prescripción de esta acción, se debe aplicar entonces el término de diez años.

Fundándose en las clasificaciones que hace la ley y el término máximo de prescripción negativa, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, se

concluye entonces que la acción de nulidad es preceptible. Por otra parte, el término que estatuye la ley para ejercitar la acción de petición de herencia es de diez años y en todos los casos en que se ejercite esta acción reclamando una herencia es necesario primero pedir la nulidad del testamento, porque la reclamación de la herencia será una consecuencia de la nulidad. Entretanto no se nulifique el testamento que transmita los bienes a determinadas personas, los presuntos herederos legítimos excluidos, no podrán reclamar la herencia. Tres son las características de la nulidad absoluta: la acción es imprescriptible, no puede desaparecer por la confirmación o ratificación del acto y, además, puede intentarse por todo interesado.

4. Incapacidad.

La capacidad de ejercicio es un elemento que sólo se requiere para la validez de los actos jurídicos. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general. La capacidad de ejercicio no es el elemento esencial en los actos, por cuanto que los celebrados por incapaces existen jurídicamente son susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente o bien, puede prescribir la ineficacia que los afecta.

La enajenación mental origina en los testamentos una forma de incapacidad, pero no absoluta como en materia de contratos por cuanto que hay momentos de lucidez se permite testar, siempre que el testador se encuentre en un momento de esa naturaleza y bajo las formalidades que señala el código civil.

En cuanto a la edad, no obstante que el testamento implica un acto de transmisión, es decir, de dominio no sólo los bienes determinados, sino de un patrimonio se permite al mayor de 16 años ejecutarlo.

5. Falta de forma.

Vemos ahora la nulidad debido a la inobservancia de las formas prescritas por la ley. Los actos jurídicos se clasifican en nuestro derecho en solemnes, formales y consensuales.

En cuanto a los testamentos, el principio general es este: Los testamentos son actos jurídicos solemnes en cuanto a la categoría o forma sustancial que caracteriza para cada tipo la ley, al determinar las especies de testamento, como son el público abierto, el público cerrado, el ológrafo, etc., pero dentro de cada una de esas categorías o formas sustanciales, deben observarse determinadas formalidades cuya violación originará la nulidad del testamento de que se trate. Se requiere siempre que la manifestación de voluntad del testador conste por escrito; pero excepcionalmente se admite que el testamento sea consensual, por cuanto que la manifestación de voluntad del testador puede hacerse en forma verbal, ante testigos.⁽¹⁾

⁽¹⁾ ROJINA Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, BIENES, DERECHOS REALES Y SUCESIONES, TOMO II. Edit. Porrúa, S.A., México, 1981.p.p. 394-398.

4.2. LA FALTA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR.

Se establece como regla general la capacidad de toda persona para testar y como regla especial la incapacidad creada sólo en nuestro derecho en dos casos:

1. Cuando se trata de enajenados.
2. Cuando se refiere a menores de ambos sexos que no hay cumplido con los 16 años de edad.

1. Cuando se trata de enajenados.

La incapacidad por enajenación mental es relativa en virtud de

que se admite para aquellos que tienen intervalos lúcidos, la posibilidad de testar siempre y cuando se haga testamento en un momento de lucidez, pues lo que importa para determinar la capacidad no es estado en general del autor de la herencia, sino el que tiene al confeccionar el testamento. Por esta circunstancia, si la causa de incapacidad sobreviene después, por ejemplo, enajenación mental, el testamento es válido si demuestra que cuando se hizo estaba el autor de la herencia en pleno uso de sus facultades mentales. Se regula un procedimiento para que el enajenado que tenga momentos de lucidez, haga testamento: en este caso el testador, el autor o en su defecto un familiar del enajenado, deberá presentar solicitud al juez competente, es decir, el juez de primera instancia del domicilio para que nombre dos facultativos; preferentemente especialistas en enfermedades mentales y asista con ellos al examen del paciente y si del resultado se comprueba que se encuentra en un momento de lucidez, se

procederá a levantar un acta y a que dicte su testamento que debe ser ante notario. Por consiguiente, el juez inmediatamente ordenará que se presente un notario con sus testigos para la confección del testamento. Debe asentarse el resultado del examen que hagan los médicos haciendo constar que durante todo el tiempo de la fracción del testamento el autor de la herencia estuvo en pleno estado de lucidez, pues de lo contrario podría impugnarse de nulo. Las formalidades del testamento que se hagan por un enajenado en un momento de lucidez serán del testamento público abierto, es decir, el otorgamiento ante notario y testigos.

Este estado de interdicción puede ser originado por causas accidentales o transitorias que afecten la voluntad o la inteligencia, como la amnesia, el hipnotismo, la drogadicción, la embriaguez, la senilidad o cualquier otra que le impida plena lucidez de juicio, o el control de su psiquismo.

2. Cuando se refiere a menores de ambos sexos que no han cumplido los 16 años de edad.

Ante la incapacidad del menor que no ha cumplido los 16 años o del enajenado y, por consiguiente, ante la imposibilidad de que haga válidamente un testamento, sólo es posible la transmisión hereditaria por disposición de la ley, es decir, por sucesión legítima.

Nuestro derecho no admite el caso de incapacidad como consecuencia de una condena; la suspensión de derechos civiles que trae consigo la condena por

la comisión de un delito que implique pena de prisión, no abarca la incapacidad para testar ni tampoco para heredar. En nuestro derecho la condena suspende más bienes derechos civiles que implican el ejercicio de un cargo ante la imposibilidad de cumplirlo por la privación de la libertad; por ejemplo: la suspensión de los derechos de autor, curador, albacea, mandatarios, depositario, interventor, síndico, etc., pero nunca una condena origina incapacidad para disponer por testamento o para adquirir por herencia.

De las incapacidades que reconoce nuestra ley para los menores de 16 años y para los enajenados, la primera forma es absoluta, la validez de testamento no puede ser reconocida en ningún caso cuando sea hecho por un menor de 16 años.

La capacidad para el otorgamiento de un acto jurídico en general se obtiene a los veintún años cumplidos; pero en el testamento, como acto jurídico excepcional, la fija la ley a los dieciséis años cumplidos. Antes de esa edad la incapacidad es absoluta (Art. 2652 Fracc I C.C.GTO.).⁽²⁾

⁽²⁾ ARCE Y Cervantes José, DE LAS SUCESIONES, Edit. Porrúa, S.A., México, 1992. p.p. 132 y 133.

4.3. INOBSERVANCIA DE LA SOLEMNIDAD LEGAL.

1. Evolución en la forma en los testamentos.

El testamento acto muy importante desde el punto de vista religioso como patrimonial, nace como acto solemne, es decir, cuando la forma se exige como un requisito de esencia, no de validez; de tal manera que la infracción a las normas que establecían la forma es sancionada con la inexistencia del acto; esta concepción de la forma como elemento de existencia llegó hasta nosotros, puesto que todavía el código civil de 1884 llamaba a los testamentos actos solemnes.

2. Formalidades generales para los testamentos.

La primera formalidad se refiere a la expresión de la voluntad del testador; ésta debe ser siempre expresa, pues en el testamento nunca se admite una voluntad tácita, por otra parte, puede expresarla en forma verbal como un testamento privado o militar, pero generalmente debe ser escrita, como en el testamento ológrafo o público cerrado, o al menos debe hacerse constar por escrito.

El segundo requisito formal general consiste en la unidad del acto, es decir, que el testamento debe ser otorgado sin interrupción; una vez empezado debe concluirse sin solución de continuidad (Arts. 2774 y 2775 C.C.GTO.), pues aún cuanto éstos se refieren al testamento público abierto, todas las formas

presuponen la continuidad del acto. Este requisito se exige para garantía del testador, ya que podría influirse sobre su voluntad.

Como tercer requisito formal se exige en los testamentos la comparecencia de un notario o funcionario con fe pública y en los especiales al menos, la comparecencia de testigos.

El cuarto requisito general es la comprobación de identidad del testador; los Arts. 2760 a 2762 del Código Civil del Estado de Guanajuato, exige esta formalidad.

La idoneidad de los testigos que intervienen en los testamentos es objeto de disposiciones especiales, previstas en el Art. 2758 C.C.GTO., ya que prohíbe se testigos del testamento a los amanuenses del notario que lo autorice, por no confiar en su independencia; los menores de dieciséis años, ya que en esta edad puede testar un menor, con mayor razón puede ser testigo; antes de esa edad no se puede confiar en que pueda darse cuenta de la importancia del acto, ni atención suficiente para declarar respecto del cumplimiento de las formalidades; los dementes, ciegos, sordos o mudos también tienen incapacidad para ser testigos, ya que los primeros no se dan cuenta del acto o le dan una interpretación distinta; los ciegos no podrían ver al testador, ni identificarlo, tampoco podrían ver las demás circunstancias que concurrieran en el otorgamiento; los sordos no oírían la expresión de la voluntad del testador y los mudos no podrían expresar, en caso ofrecido, el contenido de la declaración.

Tampoco pueden ser testigos los que no entiendan el idioma del testador, puesto que no podrían comprender sus disposiciones; igualmente, son incapaces de ser testigos los herederos o legatarios instituidos o sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos, por tener interés directo o indirecto en el testamento que les quita imparcialidad; su infracción sólo nulifica la cláusula, no el testamento. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad no pueden ser testigos, puesto que no se puede confiar en su veracidad, al haber delinquido.

Nuestro código declara la nulidad del testamento cuando se otorga en contravención a las formas prescritas (2747 C.C.GTO.) y deben entenderse que hay contravención a las formas prescritas cuando no se observan todas. Semejantes disposiciones para el testamento público abierto (2775 C.C.GTO.), cerrado (2789 C.C.GTO.).⁽³⁾

⁽³⁾ AGUILAR Carbajal Leopoldo, SEGUNDO CURSO DERECHO CIVIL. Edit. Porrúa, S.A. México, 1975. p.p. 347 a 349.

4.4. LA EXISTENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD.

El código menciona expresamente: influencia de amenazas contra la persona o bienes del testador o contra la persona o bienes de su cónyuge ó parientes o sea la violencia, no importa de quien provenga (2562 C.C.GTO.) (2741 C.C.GTO). Para todo acto jurídico se requiere que el acto volitivo que le da origen sea perfecto en su formación, (exenta de error) y una voluntad libre (carente de amenazas o violencias de cualquier clase).

Los llamados vicios de la voluntad (que nuestro código nombra como vicios del consentimiento o sea cuando hay "consensus", dos ó más voluntades) están regulados en la parte de obligaciones (Art. 1300 a 1311 C.C.GTO.) y en la parte de la nulidad del testamento hace referencia a algunos de ellos.

La violencia puede ser física (cuando se produce, no puede hablarse de persona que actúa porque es instrumento en manos de otro) o moral (viscompulsiva) que es la amenaza de un mal si no se otorga en el sentido de que desea el autor de la amenaza. Se entiende que debe ser una amenaza de un mal grave de tal modo que, comparado el mal con la declaración testamentaria que se quiere arrancar, implique aquél mayor mal para la víctima, la cual escoge el mal o menos, esta idea y el siguiente aclara que el simple temor reverencial, temor de desagradar a personas a quien se debe respeto, no basta para viciar el consentimiento (1308 C.C.GTO.).

En casos de testamento ante notario, puede afirmarse que la violencia física no puede producirse por el hecho de la presencia del fedatario y además que según opinan algunos con razón, la presencia de los herederos o familiares en el acto de otorgamiento, por sí sola, no implica presunción de coacción, aunque es de prudencia notarial el excluirlos de tal acto, máxime que el artículo 2577 C.C.GTO., contiene una presunción contraria a la libertad de testar que, aunque no es este caso, si muestra delicadeza cuando intervienen familiares.

El dolo implica palabras o maquinaciones insidiosas para inducir a una persona para otorgar testamento en el sentido diverso del que lo hubiere otorgado de no haberse producido esta interferencia. Debe ser también el orden grave. El llamado "dolus bonus", sería irrelevante. Nuestro código lo define como sugestión o artificio para inducir a error o mantener en él y la mala fe como la disimulación del error Art. 1303 C.C.GTO. Se anula el contrato (o el testamento en su caso por aplicación del artículo 1357 C.C.GTO.) cuando estos vicios son la causa determinante del acto jurídico Art. 1304 C.C.GTO., o sea el mismo criterio que sigue el Art. 2757 C.C.GTO. Se requiere entonces que el dolo o mala fe sean intensos, que envuelvan la voluntad del testador de tal modo que lo decidan a producir su voluntad en tal sentido.

Nuestro código, al igual que el Español, no habla del error como vicio de voluntad testamentaria.

Se entiende por error el conocimiento equivocado de una cosa, ya por incompleto o por inexacto. La ignorancia implica la ausencia de conocimiento.

Debe concederse relevancia al error en materia testamentaria aunque no lo nombre la ley porque es preferible sostener que el silencio, más que omisión intencionada implica una laguna que debe colmarse por aplicación analógica de otras disposiciones (en nuestro Art. 1301 C.C.GTO., cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad), porque sería excesivo mantener una voluntad testamentaria que, a todas luces, es errónea. Agregamos que, aunque no lo nombra el código nuestro es indudable que el error es vicio de la voluntad y que debe ser tomado en cuenta por cualquier negocio jurídico.⁽⁴⁾

4.5. EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO POR MEDIO DE UN REPRESENTANTE.

Anula el testamento puesto que la ley exige presencia personal del testador "personalísimo" dice el art. 2551 C.C.GTO.) y, además, no existe representación legal para otorgarlo ni sería válida la representación voluntaria para este otorgamiento artículos 2058 y 591-V C.C.GTO.⁽⁵⁾

(4) ROJINA Villegas Rafael Ob. Cit. p. 395 s.s.

(5) ARCE y Cervantes José, DE LAS SUCESIONES, Edit. Porrúa, S.A. México, 1982, p. 136.

4.6. EL OTORGAMIENTO SIMULTANEO DE DOS O MAS.

Está sujeto a nulidad por el artículo 2552 C.C.GTO., ya que el testamento es un acto unipersonal.⁽⁶⁾

(6) **ibidem.**

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

CAPITULO QUINTO

EL TESTAMENTO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

- 5.1. Planteamiento del problema.**
- 5.2. El Legado fuente de las obligaciones.**
- 5.3. El Legado de cosa ajena.**
- 5.4. Legados de dar y Legados de hacer.**
- 5.5. Aplicación del Régimen de las obligaciones de dar a los Legados.**

CAPITULO QUINTO

EL TESTAMENTO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

5.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El efecto principal del testamento, lo constituye la transmisión del patrimonio a título universal o particular, según sea la institución.

- a). Herencia.
- b). Legado.

Igualmente resulta válido afirmar que el testamento como cualquier acto jurídico puede generar cuatro grandes consecuencias:

- a). Crear.
- b). Transmitir.
- c). Modificar y,
- d). Extinguir derechos y obligaciones.

Al derecho hereditario interesan por igual esas cuatro grandes consecuencias, pero más en especial la transmisión de derechos y obligaciones.

En materia de obligaciones la cuestión sólo debe enfocarse desde el punto de vista constitutivo del testamento. Nos preocupará exclusivamente determinar cuáles son los derechos de carácter personal que pueden crearse por dicho acto.

Los derechos de carácter real que también pueden originar el testamento deben estudiarse al tratar los derechos reales.

En cuanto a los efectos de modificación y extinción de los derechos y obligaciones su análisis interesa tanto al derecho hereditario como a la teoría de las obligaciones, pues el testamento puede modificarse o extinguir derechos reales o personales.

En ese orden de ideas, la transmisión a título universal o particular, queda por consiguiente fuera de nuestra atención. Desde luego, la transmisión que se opera al instituir herederos es típicamente un derecho de traslación, no podemos encontrar en ella la creación o modificación de derechos a diferencia de la institución de legatario.

5.2. EL LEGADO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

El testamento es una institución jurídica que interesa por igual tanto al derecho hereditario como al derecho de las obligaciones en razón a que él mismo produce efectos no sólo traslativos sino constitutivos de derechos.

Es común afirmar que el testamento, en la institución de legatario opera una transmisión a título particular esto es, que el legatario siempre es adquirente de bienes o derechos o determinandos; lo cual es inexacto, pues si así fuera, el legado nunca podría implicar la creación de derechos, sólo la transferencia de los mismos, al legatario.

Al respecto, cabe recordar que existen legados típicos de transmisión, como el legado de cosa cierta y propia del testador, donde el legatario adquiere la propiedad y posesión de la cosa legada desde el día y hora en que muere el testador; sin embargo, aún en este caso se cran obligaciones porque el heredero responde del legado y tiene obligación, perimero de conservar la casa legada; segundo entregarla, tercer, responder de su dolo o culpa y cuarto de pagar el precio de la cosa si ésta parece por causa que le sea imputable.

Independientemente de este legado típico de transmisión de derechos, existen legados típicos de constitución de derechos, legados típicos de extinción de derechos y legados típicos de modificación de derechos.

En conclusión, no es exacto que el legatario siempre sea un adquirente a título particular, en el sentido de que sólo se opera una transmisión de bienes y derechos sino que también puede crearse derechos nuevos que no existían incluso en el patyrimonio mismo del autor de la herencia ó pueden constituirse por voluntad del testador nuevos derechos que no van a transmitirse, sino que tendrán su nacimiento a partir de su muerte.⁽¹⁾

(1). AZUA Reyes Sergio T. TEORIA DE LAS OBLIGACIONES, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1993, p.p. 221 y s.s.

5.3. EL LEGADO DE COSA AJENA.

Existe el legado de cosa ajena, que es válido cuando el testador sabe que la misma no le pertenece y ordena al heredero responsable del legado(a) albacea cuando el legado es a cargo de la herencia a otro legatario a quien se pueda imponer dicho legado), que se adquiera la cosa ajena y que se entregue al beneficiario. En este caso, no podemos decir que hay una transmisión de derecho del testador al legatario, supuesto que se trata de una cosa ajena.

Este sujeto que puede ser un heredero, al albacea un otro legatario tiene obligación de comprar la cosa ajena y aquí se tipifica una obligación especialísima en el derecho, consistente en celebrar un contrato de compra-venta, es decir, se crea una obligación de hacer pero que se va a referir a un acto jurídico, adquirir la cosa. Esta primera obligación tiene su fuente en el testamento y para que pueda cumplirse caben dos hipótesis:

- a). Que la cosa ajena se adquiera.
- b). Que el dueño no esté dispuesto a venderla.

Al respecto, los efectos legales son los siguientes. Si la cosa es adquirida, entonces el legatario tiene derecho a que se le entregue. Por tanto, resulta necesaria distinguir dos hipótesis diversas: Primera, el legatario tiene carácter de acreedor antes de la adquisición a una cosa o su equivalente; segunda, el legatario tendrá el carácter de dueño hasta en tanto se adquiera la cosa.

De lo anterior se concluye que el testamento produce el efecto de crear un derecho de crédito en el legatario, consistente en la obligación a cargo de un tercero para que adquiriera una cosa ajena.

Ahora bien, si la cosa no es adquirida por haberse negado su dueño a enajenarla, entonces el legatario sigue siendo acreedor, pero del equivalente y aquí ya no opera esa transformación de un derecho de crédito en un derecho que después será de propiedad.⁽²⁾

5.4. LEGADOS DE DAR Y LEGADOS DE HACER.

No sólo en los legados de cosa ajena es evidente la constitución de derechos. Se puede comprobar que en general el testamento es fuente de obligaciones, y para ello deben distinguirse legados de cosas y legados de hechos. Para nuestro propósito, dividiremos los primeros en legados de cosas ciertas y determinadas y legados de cosas determinables.

Los legados de cosas ciertas y determinadas transmiten la propiedad al legatario; no hay efecto creador de un derecho de crédito; pero en tanto se entrega el legatario si es acreedor en el sentido de que el heredero o la sucesión, representada por el albacea, deben entregar la cosa al legatario y por tanto se obligan a responder de la misma en caso de que perezca por causa imputable a ellos.

⁽²⁾ AZUA Reyes Sergio T. Ob. Cit.

En tanto que el legado es de cosa determinable, la propiedad no se transmite al legatario en el momento de la muerte del testador; el legatario simplemente es acreedor a que se le entregue una cosa que se va a determinar de acuerdo a las reglas previstas por el Código Civil. Aquí no se da ningún efecto traslativo a pesar de que hay una institución particular; el testador crea un derecho de crédito en favor del legatario, para que el heredero responda el legado, elija cosa de mediana calidad y se entregue, a no ser que el testador haya concedido el derecho de elección de legatario.

Finalmente, en los legados de hechos o servicios típicamente se crea un derecho de crédito, donde el legatario es acreedor de una presentación de hacer; en los legados de cantidad, también se crea un derecho de crédito, para que se entregue al legatario la suma objeto del legados y se realicen los actos necesarios para obtener esa suma desde luego, dentro de las posibilidades de la herencia.⁽³⁾

5.4. APLICACION DEL REGIMEN DE LAS OBLIGACIONES DE DAR A LOS LEGADOS.

Con la finalidad de comprobar la aplicación de las reglas del régimen de las obligaciones a los distintos legados mencionaremos los preceptos más importantes sobre esta materia.

⁽³⁾ Idem.

Artículo 2648 C.C.GTO.- El legado puede consistir en la presentación de cosa o en la de algún hecho o servicio.

Aquí tenemos reconocida la división fundamental de legados de dar con presentación de cosas y legados de hacer. Nótese que el artículo emplea el término presentación, que en derecho significa la obligación que asume el responsable del legado de dar una cosa o de realizar un hecho. El sujeto pasivo de esta obligación que nace de un legado de dar o en un legado de hacer, está determinado por el Art. 2650 C.C.GTO. "El testador puede gravarse con legados a la sucesión integrada por todos los herederos". Esto ocurre cuando el testador dispone, por ejemplo, que se entregue al legatario "X" la cosa "Z". No dice que determinado heredero o legatario deberán hacer la entrega sino que grava a toda la herencia, supuesto que el legado se constituye sin designar sujeto responsable. Lo que equivale a designar como sujetos responsables a todos los herederos. Es decir, el legado merma la masa hereditaria, pues está a cargo de ella. En los artículos 2667 al 2682 C.C.GTO., se aplica el régimen de las obligaciones alternativas a los legados alternativos y esto nos demuestra que sigue la ley fundándose en el sistema de las obligaciones para aplicarlos a la materia de los legados. Dice por ejemplo el Art. 2677 C.C.GTO., "En los legados alternativos la elección corresponde al heredero, si el testador no la concede expresamente al legatario"; así como en las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor y en el caso, el heredero es el deudor.

Artículo 2679 C.C.GTO., "En los legados alternativos se observará, además lo dispuesto para las obligaciones alternativas. Expresamente se remite la ley a ese sistema".

En seguida, una serie de preceptos que sirven como punto de apoyo para sostener que el legado es fuente de obligaciones.

Artículo 2685 C.C.GTO. "Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere y hace suyos los frutos pendientes y futuros a no ser de que el testador haya dispuesto otra cosa".

Artículo 2596 C.C.GTO. "La cosa legada en el caso del artículo anterior, correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario y en cuanto a su pérdida, aumento o deterioro posteriores se observará lo dispuesto en las obligaciones de dar para el caso de que se pierda, deteriore o aumente la cosa cierta que debe entregarse. El precepto al cual se remite el Art. 1430, se encuentra en el capítulo de las obligaciones de dar y dispone que cuando la cosa parece por caso fortuito o fuerza mayor, si se trata de bienes determinados, el dueño sufre la pérdida.

Artículo 1505 C.C.GTO. "En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida a menos que otra cosa se haya convenido". Hay una analogía de supuestos y de situaciones jurídicas, dado que en ambas hipótesis se adquiere la propiedad de una cosa determinada aú cuando no se tenga la posesión material y por lo tanto, el dueño sufrirá la pérdida, si perece por caso fortuito o fuerza mayor. Para las cosas determinadas individualmente, también se sigue aplicando otro precepto que rige en materia de obligaciones de dar en el sentido de que sólo hasta que la cosa se determine y se haga cierta, perecerá a cargo del adquirente, del acreedor o del legatario en su cargo.

Artículo 2716 C.C.GTO. "En el legado de especie, el heredero debe entregar la misma cosa legada; en casode pérdida, se observará lo dispuesto por la obligación de dar cosa determinada".

En relación con este precepto tenemos la dipsosición del Artículo 1490 C.C.GTO., "Cuando la obligación de dar tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y cantidad, luego que la cosa se individualice por la elección del deudor o del acreedor, aplicará en caso de pérdida o deterioro, las reglas establecidas en el artículo 1505 C.C.GTO. "Por consiguiente, cuando el legado recaiga sobre una cosa se determine por elección del heredero o del legatario, se

aplicarán las reglas contenidas en el artículo 105 C.C.GTO., para que la cosa parezca por cuenta y riesgo del legatario. Antes de la elección, la cosa parece por cuenta del heredero.⁽⁴⁾

⁴⁾ **ROJINA Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL Y TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1973. P.P. 232-239.**

CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES.

- . Primera. El testamento es fuente de obligaciones, pero sólo en la institución del legado, nunca en la institución de la herencia.
- . Segunda. La naturaleza de las obligaciones derivadas del testamento es diversa, según se trate del legados de hacer o de dar.
- . Tercera. Tratándose de legados de dar, pueden recaer sobre cosas ciertas y determinadas y por lo tanto, ser translativos de dominio, o bien, referirse a cosas no determinadas individualmente, caso en el cual la situación jurídica cambia, por cuanto que el responsable del legado no sólo tiene obligación de custodiar y entregar una cosa, sino que el legatario es un verdadero acreedor de un valor mientras no se le haya transmitido la propiedad. Por lo tanto se encuentra en una situación idéntica a la del acreedor de cosa determinable.
- . Cuarta. Las obligaciones fundamentales en los legados de dar consistencia en una cosa indeterminada no queda liberado por su pérdida, aún cuando ocurriera por caso fortuito o fuerza mayor, sino que en todo caso deberá entregar una cosa equivalente, en razón a que los géneros no parecen.
- . Quinta. Sin embargo, una vez hecha la lección si es posible aplicar la regla general válida en la teoría de las obligaciones para la obligación de dar

cosa cierta en el sentido de que aparecerá para el dueño, pues el legatario adquirió la propiedad una vez que se determinó. Si parece por caso fortuito o fuerza mayor la pierde el legatario aún cuando no hubiere recibido la cosa, si se pierde por culpa del heredero, albacea o legatario responsable, cualesquiera de estos tiene obligación de indemnizar el legatario con el valor de la cosa.

Sexta. Cuando afirmamos que el testamento es fuente de obligaciones, damos por hecho que se han cumplido los elementos de existencia y de validez propios de cualquier acto jurídico. Es decir, que se han observado las formalidades legales para su validez; que el testador tuvo capacidad para hacer las disposiciones testamentarias; que no hubo error, dolo o violencia en la manifestación de voluntad y que el acto jurídico es lícito. De tal forma que si el legado recayese sobre un objeto ilícito, en el sentido de prohibido por la ley o se refiere a un hecho ilícito a una prestación de hacer contraria a las leyes o a las buenas costumbres, entonces estará afectado de nulidad como lo hemos visto en los contratos.

Septima. Observando por consiguiente, todos los requisitos tanto esenciales como de validez, el testamento al igual que el contrato es fuente de obligaciones.

- . **Octava.** Es a través del legado, como se suponen originar todos los efectos del acto jurídico, es decir, crear, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones.

- . **Novena.** Las afirmaciones anteriores adquieren mayor relevancia si consideramos que en lo general la doctrina no ha considerado que el testamento sea fuente de obligaciones, reconociendo solamente el contrato, al hecho ilícito, a la gestión del negocio, el enriquecimiento, sin causa, la responsabilidad objetiva y la declaración unilateral de voluntad.

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS COMPRENDIDOS Y TRATADOS.

1. **AGUILAR Carvajal Leopoldo. SEGUNDO CURSO DE DERECHO CIVIL. Edit. Porrúa. S.A. México, 1975.**
2. **ARCE y Cervantes José. DE LAS SUCESIONES, Edit, Porrúa, S.A., México, 1992.**
3. **BAQUEIRO Rojas Edgard y BUENROSTRO Báez Rosalía. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Edit. Harlo, México, 1990.**
4. **BAÑUELOS Sánchez. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS Y TESTAMENTOS. Edit. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V. México, 1992.**
5. **FERNANDEZ Aguirre Arturo, DERECHO DE LOS BIENES Y DE LAS SUCESIONES, Edit. Cajica, Puebla, México, 1963.**
6. **GUTIERREZ y González Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Edit. Cajica, S.A. Puebla, México.**
7. **RAMIREZ Valenzuela Alejandro. ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL. Edit. Limusa, México, 1984.**

8. **ROJINA Villegas Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, BIENES, DERECHOS REALES Y SUCESIONES Tomo II. Edit. Porrúa, S.A. México, 1981.**
9. **T. AZUA Reyes Sergio. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Edit. Porrúa, S.A. México, 1993.**

LEYES Y CODIGOS.

1. **CODIGO CIVIL para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.**
2. **CODIGO CIVIL Para el Estado de Guanajuato.**

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

1. **De PINA Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Edit. Porrúa, México, 1995.**
2. **DICCIONARIO OCEANO de Sinónimos y Antónimos. Edit. Océano, Colombia.**