

308409



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.

INCORPORADA A LA U.N.A.M.

**"FALTA DE ACTUALIZACIÓN LEGISLATIVA
EN LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL
TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

RUTILIO DE JESÚS DIAZ ALVEAR

ASESORA: LIC. VERÓNICA EUSTOLIA MARTÍNEZ ROMÁN



MÉXICO, D.F. 2005



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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: _____

FECHA: _____

FIRMA: _____

“ El derecho no es una idea lógica, sino una idea de Fuerza; he ahí por que la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo. La Espada sin la balanza, es la fuerza bruta, y la Balanza sin la espada, es el derecho en su Impotencia; se complementan recíprocamente; y el Derecho no reina verdaderamente mas que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.”

Rudolf von Ihering.

APROBACIÓN DE TESIS

PRIMER VOTO APROBATORIO

LIC. ARTURO BELMONT MARTÍNEZ
DIRECTOR DE LA LICENCIATURA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD LATINA S. C.
CAMPÚS CENTRO
PRESENTE.

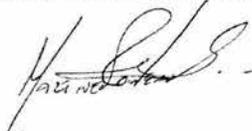
Por medio de la presente, hago de su conocimiento que el alumno **DIAZ ALVEAR RUTILIO DE JESÚS** con numero de cuenta 968602164, ha concluido satisfactoriamente bajo la asesoría del que suscribe, la investigación de tesis profesional titulada **"FALTA DE ACTUALIZACIÓN LEGISLATIVA EN LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO"** que ha sido elaborada para sustentarla en el examen profesional de la licenciatura en derecho; por lo que me permito someterla a su distinguida consideración.

Lo anterior en virtud de que el tema desarrollado por el alumno, es novedoso y de importancia para revisión y actualización de las legislaciones e instituciones relacionadas con el Testamento Publico Abierto y el cabal cumplimiento de la voluntad manifestada en el.

Sin mas por el momento y esperando se de tramite a la presente, aprovecho la oportunidad para hacerle llegar un cordial y afectuoso saludo.

A T E N T A M E N T E
"LUX VIA SAPIENTAS"

Universidad Latina, D. F. a 16 de Mayo de 2005.



LIC. VERÓNICA EUSTOLIA MARTÍNEZ ROMÁN
CATEDRÁTICA DE LA UNIVERSIDAD LATINA.

SEGUNDO VOTO APROBATORIO

México, D.F., a 14 de junio del 2005

LIC. ARTURO BELMONT MARTINEZ
DIRECTOR TECNICO DE LA LICENCIATURA
EN DERECHO
P R E S E N T E.

Por este medio me dirijo a usted para informarle que el alumno **RUTILIO DE JESÚS DIAZ ALVEAR** con No. de cuenta 96860216-4, concluyó satisfactoriamente la investigación del trabajo de tesis profesional, que se titula **FALTA DE ACTUALIZACION LEGISLATIVA EN LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO**, la cual elaboró con el objeto de poder sustentar el examen profesional que la acredite como Licenciado en Derecho, misma que recibí con fecha 27 de mayo del 2005 para dictaminarla en 2ª. revisión.

El tema aludido es de actualidad y trascendencia, puesto que en él se analizan las consecuencias jurídicas de la figura tratada en la tesis, por tal motivo el trabajo que presenta el sustentante reúne los requisitos de fondo y forma establecidos por la máxima casa de estudios, por lo tanto, no tengo objeción alguna en aprobar éste trabajo, ya que cubre las expectativas de una obra digna de una tesis profesional.

A T E N T A M E N T E



LIC. OSCAR RICARDO SILVA TREJO
CATEDRATICO DE LA LICENCIATURA EN DERECHO

AGRADECIMIENTOS

Al ser **OMNIPOTENTE** que me dio la vida, me coloco en este camino, y me permitió colaborar con él en el desarrollo integro del ser humano otorgándome la responsabilidad de luchar y hacer valer la libertad y los derechos del hombre.

A ESTEBAN DE JESÚS

mi hijo que con su nacimiento dio un giro a mi vida mostrándome la necesidad de la superación y responsabilidad.

A XIMENA MONSERRAT

mi hija que día a día me enseña como se debe levantar el ser humano al caer, cuando quiere caminar y triunfar por el camino de la vida.

A **SAMUEL EFRAÍN** mi padre que con su ejemplo, sufrimiento, vigilancia y orientación ha hecho de mí lo que hoy soy, un profesionalista.

A **EDITH** mi madre que a pesar de los golpes y obstáculos que le ha interpuesto la vida siempre ha sabido imponerse y salir avante dándome así un ejemplo de lucha y superación.

A **EFRAÍN y JOB** mis hermanos que me apoyaron en la elaboración de este trabajo con su ejemplo y motivación, que no me permitieron flaquear en el camino.

A mis **TÍOS** que siempre
estuvieron motivándome,
exigiéndome y rogando a
Dios para que yo terminara
con éxito esta carrera que
elegí.

A todos los
CATEDRÁTICOS que
siempre creyeron en mi,
me brindaron su
comprensión, motivación
espíritu de triunfo y
sabiduría.

A la Licenciada
VERÓNICA EUSTOLIA
MARTÍNEZ ROMÁN
maestra y asesora de tesis
que me brindo parte de su
tiempo al sembrar una gran
semilla que florecerá en el
futuro y que me coronara
como un triunfador frente a
los seres que me aprecian.

Al **SÍNODO** que evalúa mis conocimientos y me da su aprobación para el desempeño de la carrera tan noble y bella que he elegido

A mis **COMPAÑEROS Y AMIGOS** de escuela que hicieron de mi estancia y tropiezos en la universidad una experiencia grata y fácil de superar.

ÍNDICE

“FALTA DE ACTUALIZACIÓN LEGISLATIVA EN LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO”

Introducción	1
--------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL TESTAMENTO

1.1 El testamento en el Derecho Romano	3
1.1.1 El Testamento en el Derecho Civil Antiguo	5
1.1.2 El Testamento en el Derecho Pretoriano	8
1.1.3 El Testamento en el Derecho del Bajo Imperio	9
1.1.4 El Testamento Militar y su Forma	9
1.1.5 El Testamento Hecho en el Campo	11
1.1.6 El Testamento Hecho en Época de Peste	12
1.1.7 El Testamento A Pud Acta Conditum	12
1.1.8 De la Capacidad de Testar en Roma	13
1.1.9 Ejercicio del Derecho de Testar en Roma	15
1.1.10 La Capacidad de Suceder por Testamento	16
1.1.11 La Institución del Heredero	18
1.1.11.1 Situación Jurídica del Heredero	19
1.1.11.2 Clases de Herederos	21
1.1.11.3 Ius Adcrecendi	24
1.2 El Testamento en el Derecho Anglosajón	24
1.3 El Testamento en el Derecho Colonial	25
1.4 El Testamento Público Abierto en el Código Civil de 1870	29
1.5 El Testamento Público Abierto en el Código Civil de 1884	32

CAPITULO II
CONCEPTOS FUNDAMENTALES

2.1 Concepto de Testamento	37
2.2 El Testamento como Acto Jurídico	38
2.3 Concepto de Testamento Público Abierto	42
2.4 Características del Testamento Público Abierto	44
2.5 Requisitos del Testamento Público Abierto	46
2.6 Reglamentación Jurídica del Testamento Público Abierto	50
2.7 Concepto de Obligaciones	50

CAPITULO III
OBLIGACIONES DERIVADAS DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

3.1 Obligaciones del Notario	53
3.1.1 Identificación del Testador	53
3.1.2 Certificación de la Capacidad del Testador	55
3.1.3 Dar Forma y Fe a la Voluntad del Testador	57
3.1.4 Protocolización de la Escritura Publica Respectiva	59
3.1.5 Dar Aviso del Testamento Público Abierto al Archivo General de Notarias	59
3.1.6 Entrega del Testimonio al Testador y Conservación del Protocolo	59
3.2 Obligaciones del Archivo General de Notarias	61
3.2.1 Registro y Conservación del Informe Rendido por el Notario	62
3.2.2 Rendición de Informe sobre la existencia del Testamento Publico Abierto al Juez	63
3.2.3 Expedición de la Copia Certificada de la Escritura Publica que Contiene el Testamento Público Abierto al Juez del Conocimiento	64
3.3 Obligaciones del Tenedor del Testamento	65
3.4 Obligaciones del Albacea	68
3.4.1 Denuncia o Radicación del Juicio Sucesorio	69
3.4.2 Aceptación o Rechazo y Protesta del Cargo de Albacea	70

3.4.3 Garantizar el Manejo del Cargo	75
3.4.4 Representación de la Sucesión Dentro y Fuera del Juicio	78
3.4.5 Inventariado, Valuación y Conservación de los Bienes de la Sucesión	81
3.4.6 Administración e Incremento de la Masa Hereditaria	84
3.4.7 Enajenación de la Masa Hereditaria con Autorización de las Partes	87
3.4.8 Rendición de Cuentas	89
3.4.9 Presentación del Proyecto de Partición y Adjudicación de los Bienes	96
3.4.10 Firma de la Escritura de Protocolización	100
3.4.11 Pago de Impuestos con Bienes de la Masa Hereditaria	101
3.5 Obligaciones de los Herederos y Legatarios	102
3.5.1 Aceptación o Repudio de la Herencia	102
3.5.2 Aprobación del Inventario y Avalúo de la Masa Hereditaria	111
3.5.3 Aprobación de la Rendición de Cuentas de la Masa Hereditaria	111
3.5.4 Aprobación del Proyecto de Partición y Adjudicación de la Masa Hereditaria	112
3.5.5 Firma de la Escritura de Protocolización de la Masa Hereditaria	113
3.6 Obligaciones Fiscales	114
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	116

BIBLIOGRAFÍA

Libros	125
Leyes	130
Paginas Web	131
Otras Fuentes	131

INTRODUCCIÓN

El estudio del derecho y de las instituciones jurídicas implica el conocimiento objetivo de las mismas, ello nos induce a escudriñar los elementos constitutivos y característicos de las figuras jurídicas respectivas.

En el estudio planteado en esta tesis se trata de conocer la esencia del Testamento Público Abierto, sus implicaciones y consecuencias, permitiéndome llegar a la conclusión de que el Testamento Público Abierto implica un conjunto de actos humanos, regulado por las instituciones jurídicas en que el testador libre y voluntariamente dispone de sus bienes, es decir, principalmente transmite la propiedad de dichos bienes, el uso y destino que a los mismos puede dárseles, fundado en los valores de equidad, justicia, agradecimiento, bondad y buen fe. Con tales conceptos debe considerarse la naturaleza social y jurídica de la voluntad del testador contenida en el acto testamentario.

Ante tal situación resulta de especial importancia hacer mención al concepto de testamento, a las modalidades en que puede configurarse y en especial al tema que nos ocupa: **"Falta de Actualización Legislativa en las Obligaciones Derivadas del Testamento Público Abierto"**, por tanto se intentan desarrollar las obligaciones que emanan de dicho acto jurídico, para el albacea, para el Notario Público, para los herederos, para los legatarios y en general para todas aquellas personas que intervienen en el Testamento Público Abierto, involucrándonos en las doctrinas del hecho y acto jurídico, las obligaciones, el mandato, la capacidad de las personas y la copropiedad, debido a que el Testamento Público Abierto, como actualmente esta legislado es por demás un acto complejo, complicado y la falta de cumplimiento de algunos de los requisitos, o formalidades exigidas por la Ley producen la nulidad del mismo.

Me propongo bajo esta línea trazar o determinar el cumplimiento de la voluntad del testador, contenida en el Testamento Público Abierto, de la manera más sencilla y simple que pudiera tener la realización dentro de la sociedad actual en que nos encontramos y de acuerdo al buen funcionamiento de las leyes que regulan la materia, y al encontrar que estas son complicadas o en su caso obsoletas sugerir alguna posible solución para cumplir con los principios rectores de la administración de justicia consignados en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es en materia de Testamentos Públicos Abiertos hacer una justicia gratuita, pronta y expedita.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL TESTAMENTO

1.1 EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO

En Roma, se desarrollo la agricultura, la política, la milicia y el Derecho. El ciudadano romano tomo la filosofía, el arte y la religión de los griegos, y dado el carácter austero y práctico del ciudadano romano, planteo la problemática jurídica con visión auténticamente común o popular.

Es clara la perspectiva jurídica romana que se aparta de la tendencia religiosa moral de anteriores culturas, y desarrolla virtuosamente el derecho, fundamentándolo en la justicia humana, haciendo de él la base y la estructura de toda su cultura.

La formación de su Derecho se va consolidando en forma definitiva, merece un estudio especial de la evolución que ha sufrido en las diversas etapas de su historia, por lo tanto es importante que el tema que se desarrolla en esta tesis, sea estudiado en el Derecho Romano, que es en gran parte la base de todo el sistema jurídico mexicano.

Se cree que desde los orígenes de Roma ya existía la figura jurídica del Testamento, pues para los romanos representaba algo de gran importancia la memoria o reputación de los muertos y se tenía la creencia de que si sus deudas o créditos no eran cubiertos en el mundo terrenal, la memoria del difunto no descansaría, por eso se acostumbraba que ya fuera el heredero designado por el muerto, o uno designado por las autoridades se encargara de vender los bienes del difunto para cubrir sus deudas.

A partir de la legislación de las XII tablas, ya se establecían dos figuras jurídicas para la disposición de los bienes de los difuntos, siendo estas la sucesión testamentaria y la sucesión *ab intestato*, quedando establecida la primera en esta reglamentación de la siguiente forma: **“Pater - familias uti legassit super pecunia tutelae suae rei, ita jus esto”**. Que significaba: lo que el padre de familia ordenase acerca de su patrimonio o de sus cosas, que sea Ley.¹

De lo citado en el párrafo anterior desprendemos y concluimos que para los Romanos tenía mayor importancia la voluntad del difunto que la del mismo legislador, siendo expresada esta voluntad del difunto en la figura jurídica que estudiamos en este trabajo y que es llamada Testamento, donde la principal limitante para realizarlo según la Ley de las XII tablas, disposición citada con anterioridad; era que este derecho solo se le confería al padre de familia (*Pater familias*).

Según el maestro Guillermo Floris Margadant S. los romanos interpretaban al testamento de la siguiente forma: **“El Testamento romano es un acto solemne por el cual una persona instituye a sus herederos. Es una manifestación de la última voluntad, es decir, es un acto esencialmente revocable”**.²

Otra definición importante de testamento en el Derecho Romano es la de Ulpiano, que decía: **“Testamentum est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter facta, ut post, mortem nostram valeat. Que significaba una afirmación justa de nuestra mente hecha en forma solemne para que valga después de la muerte”**.³

¹ REYNOSO, Salvador I. Síntesis de la Doctrina sobre las Sucesiones en Derecho Romano. Pág. 2.

² MARGADANT S., Guillermo Floris. Derecho Romano. Edit. Esfinge. Pág. 464.

³ DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. Edit. Porrúa. Pág. 683

Como nos damos cuenta y ya habíamos comentado en párrafos anteriores, para los ciudadanos romanos lo más importante era su persona y la justicia que se reflejaba en sus actos sociales y personales. También percibimos que desde ellos ya se le daba un toque de solemnidad al Testamento y que ya era considerado como un acto jurídico, y no como algo más.

La forma de los testamentos vario en Roma según las épocas, y diferentes maneras de testar fueron admitidas sucesivamente por el Derecho Civil Antiguo, por el Derecho Pretoriano y por las Constituciones Imperiales.

1.1.1 EL TESTAMENTO EN EL DERECHO CIVIL ANTIGUO

Dentro del Derecho Civil Antiguo existían ya cuatro tipos de testamentos, de los cuales los primeros eran el testamento *calatis comitiis* y el testamento *in procinctu* siendo la principal diferencia entre los dos, que el primero se realizaba en tiempos de paz, mientras que el segundo era realizado por los militares únicamente en tiempos de guerra.

El testamento *calatis comitiis* se hacía delante de los comicios organizados por curias convocadas a este efecto, que eran llamados *calata*, y estos a su vez se reunían en presencia de los pontífices, pues en Roma no solo importaba la transmisión de los bienes, como ya se ha comentado, sino también la del culto privado del Padre y de la familia. Una vez que ya estaban reunidos los comicios en curias el jefe de la familia o *Pater familias* como mejor era conocido en Roma, procedía a declarar a quien nombraba heredero dando los comicios su aprobación o rechazo a esta decisión, toda esta ceremonia en la que se le daba una seriedad al testamento y que para ellos le otorgaba a este acto la calidad de Ley.

El testamento *calatis comitiis* se podía realizar en Roma solamente dos veces al año, dicen los historiadores jurídicos que era en marzo y mayo, meses en los que se reunían los comicios para la celebración de este Testamento.

El testamento *in procinctu* como ya lo comentamos anteriormente era realizado por los *Pater familias* que eran soldados, se hacían en tiempos de guerra antes de salir a combate, este testamento era declarado no ante los comicios, sino ante el ejército debidamente equipado y bajo las armas que serían los representantes del pueblo, ceremonia solemne que también le daba a este acto el valor de Ley.

El testamento *in procinctu* tenía validez durante el transcurso de un año después de terminar la guerra, motivo por el cual si durante la paz este *Pater familias* que fue soldado no realizaba nuevamente su testamento ante los comicios reunidos en curias, este corría el riesgo de morir intestado, dejando así el derecho de elegir o nombrar heredero al Legislador, y poniendo en peligro el culto privado de su familia.

Al ver la sociedad romana que varios *Pater familias* morían intestados por no realizar su testamento debido a que no eran soldados en periodo de guerra, o no acudían a los comicios para la realización de los testamentos, en uno de los dos periodos en que se llevaba a cabo la reunión de los comicios, se vieron en la necesidad de crear más formas de elaborar un testamento, creando así el testamento *per aes et libram*, el cual posteriormente recibió un perfeccionamiento; y el testamento nuncupativo que más adelante se explicara.

El testamento *per aes et libram* tiene su fundamento en la *mancipatio* que en Roma era la forma de transmitir las cosas más preciadas, esto en materia de testamento se aplicaba solamente a los bienes del patrimonio familiar; la forma de celebrar este testamento era de manera oral, el *Pater familias* que no había podido testar en ninguna de las dos formas que ya comentamos anteriormente y sentía que se aproximaba la hora de morir, mancipaba su patrimonio a un amigo, el cual era el encargado de ejecutar las liberalidades que el *Pater familias* destinaba a otras personas. Esta persona que recibía los bienes y las disposiciones, recibía el nombre de *Familiae Emptor* que tenía las mismas funciones y atribuciones de un heredero.

Esta forma de testar presentaba muchas imperfecciones y obstáculos, como la de que el *Pater familias* no podía nombrar a su hijo como *Familiae Emptor* porque en el Derecho Romano no estaba permitida la mancipación entre ellos y era requisito esencial que la enajenación o mancipación de los bienes surtiera efectos de inmediato. Es importante destacar que el testador no contaba con algún medio jurídico para revocar este testamento *per aes et libram*.

Cabe aclarar que a pesar de la facilidad que otorga este testamento a los *Pater familias* para testar, no llevo al desuso a los testamentos *calitis comitiis* y al *in procinctu*.

A fines del siglo V el testamento *per aes et libram* fue modificado de las imperfecciones e inconvenientes que contenía, surgiendo ahora el testamento que fue llamado *per aes et libram perfeccionado*, trayendo consigo ahora si que los testamentos anteriores empezaran a caer en desuso.

En este testamento ya perfeccionado surge una nueva figura parecida a una del derecho actual llamada albacea, pues ahora el *Familiae Emptor* deja de equipararse y de actuar como heredero para convertirse en una persona de confianza del testador, y que será el encargado de entregar la sucesión al verdadero heredero. Ahora ya el testamento era escrito en tablillas que quedaban bajo la custodia del testador o *Pater familias*.

También en este testamento figuran dos operaciones o actos jurídicos llamados: la *mancipatio* y la *nuncupatio*, que a diferencia del testamento anterior solo figuraba la *mancipatio*. En este testamento la *mancipatio* consistía en que el *Familiae Emptor* declaraba comprar el patrimonio a título de depósito, prestándose así a la confección del testamento.

La nuncupatio consistía en la declaración que realiza el testador o *Pater familias*, teniendo en la mano sus tablillas, en las que estaba escrito el nombre del heredero, y el conjunto de sus disposiciones. La nuncupatio era la parte principal del testamento, y la mancipatio influía únicamente en la forma del testamento, las dos formalidades debían cumplirse y celebrarse en un mismo acto, si se suspendía o dividía el acto el testamento ya no tenía la validez.

Con posterioridad al testamento *per aes et libram*, surgió un cuarto testamento que fue nombrado *Testamento Nuncupativo*, el cual ya ofrecía una muy grande ventaja al testador o *Pater familias*, pues en este testamento ya la única formalidad existente era que se realizara frente a siete testigos, este testamento era en forma oral, el testador se colocaba frente a los siete testigos para declarar en voz alta el nombre del heredero o herederos, así como sus últimas voluntades.

1.1.2 EL TESTAMENTO EN EL DERECHO PRETORIANO

En esta época del Derecho Romano se siguieron aplicando aun las formas anteriores de testar, surgiendo un cambio en la época de Cicerón, en la cual era suficiente para la confección de la *bonorum possessio* que el testamento estuviese escrito en las tablillas llevando el sello de los siete testigos que certificaban la validez del mismo. Como podemos distinguir se sigue utilizando el principio del testamento nuncupativo, solo que ahora se suprimió la forma oral por la escrita.

Al estar revestido el testamento de las formas antes mencionadas, el pretor solo pedía que fueran cumplidas las exigencias del Derecho Civil, entregando ya la herencia al heredero instituido. Con posterioridad durante el reinado de Antonio el Píadoso, ya no se podía plantear la petición de herencia de los intestados, mediante la interposición de la excepción de dolo en dicha petición de herencia.

1.1.3 EL TESTAMENTO EN EL DERECHO DEL BAJO IMPERIO

En esta época hubo ya una fusión de las reglas para testar que existían en el Derecho Civil Antiguo y el Derecho Pretoriano creando una nueva forma de testar.

Aquí surge el Testamento *Tripertitum*, que recibe este nombre porque toma sus reglas de los antecedentes existentes en el Derecho Civil Antiguo, en el Derecho Pretoriano y de las Constituciones Imperiales. Siendo descrito en una Constitución de Teodosio II, en el año 439 y entrando en vigor hasta el reinado de Justiniano⁴

Este testamento era escrito primeramente por el *Pater familias* o testador en tablillas, estas se escribían en presencia de siete testigos que estaban ya reunidos, después estos testigos al igual que el testador asentaba su firma en la parte inferior del testamento y después se procedía a cerrar las tablillas, colocando los testigos su sello, cada uno escribía su nombre cerca del sello. Todo este procedimiento se debía realizar en un solo acto para que el testamento estuviera limpio de nulidad. El testamento nuncupativo seguía en vigor para los testadores que lo querían hacer de forma oral como en el pasado.

1.1.4 EL TESTAMENTO MILITAR Y SU FORMA

Este Testamento tiene su origen en tiempos de Julio César cuando él empieza a conceder privilegios a sus soldados. Posteriormente estos privilegios se extendieron a varias zonas de Roma, pues a los emperadores les importaba tener el apoyo total del ejército, empezándose así a formar el Derecho Común para los Militares que sería una semejanza al actual fuero castrense.

En un principio el Testamento Militar no tenía gran formalidad ni requisito, pues era suficiente con que el soldado manifestara su voluntad de cualquiera de estas formas:

⁴ PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Porrúa. Pág. 516

- A) El soldado confiara su última voluntad a un compañero de armas,
- B) Escribiendo sobre su escudo la última voluntad que tenía, utilizando su propia sangre.
- C) Simplemente trazando esta voluntad sobre la arena con la punta de su espada.

Lo que sí era un requisito formal e indispensable es que esta manifestación de la voluntad fuera cierta y expresada por el soldado con suma seriedad.

Algunos Gobernantes de Roma justificaban todas estas facilidades otorgadas a los militares en su escasa preparación (*nimiam imperitiam*).

Los privilegios concedidos a los militares no eran solo en cuestión de forma, como ya lo hemos señalado con anterioridad, sino también en cuanto al contenido del Testamento, como a continuación se cita:

“el *filiusfamilias* militar puede disponer del peculio castrense; el que ha sido condenado *ex militari delicto*, adquiere la facultad de otorgar testamento, siempre que lo permita en la misma sentencia el que lo condeno, no rigen las incapacidades disciplinadas por la *lex Iulia et Papia Poppaea*, y se admite la sucesión a favor de algunas personas a las que la Ley común niega la *testamenti factio pasiva*; la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (nadie puede morir en parte testado, en parte intestado) no se aplica aquí, sino tan solo con referencia al Derecho Burgués; no se aplica tampoco el principio *semper heres semper heres*, por manera que se puede instituir *ex die* o bajo condición resolutoria o termino *ad quem*, así como hacer una institución sucesiva; los bienes hereditarios no están sujetos a las normas de

deducción de la cuarta falcidia; es inaplicable la *querela inofficiosi testamenti*; es posible la coexistencia de varios testamentos; cabe dividir el patrimonio en varias partes, cual si se tratase de *hereditates distinctas*, con responsabilidad independiente por lo que toca a las deudas; válida es la *institutio ex re certa*, de suerte que la parte de la que no dispuso el testador no acrece al heredero instituido, sino que pasa a los herederos *ab intestat*; es dable hacer una sustitución pupilar sin nombrar heredero para sí; no se exige, en fin, la expresa desheredación de los sui”.⁵

Como podemos darnos cuenta, los militares tenían demasiadas concesiones a diferencia de los demás ciudadanos de Roma, sobre todo en el contenido del Testamento, existían más garantías para ellos y para sus familiares.

Esos privilegios de forma y contenido para el Testamento Militar fueron limitados, en la época clásica, el militar de mar y/o tierra solo disfrutaba de los privilegios durante todo el tiempo de su servicio militar. Con Justiniano la duración de estos privilegios fue aun más limitada, con una duración igual a la que el soldado estuviese en campaña.

1.1.5 EL TESTAMENTO HECHO EN EL CAMPO

Los testamentos que se otorgaban en un lugar que careciera de población, o que hubiera pocos ciudadanos libres, debía ser realizado con todas las formalidades que requería el Testamento *Tripartito* o *Tripertitum*, con la única excepción de que en lugar de siete testigos, bastaba con que fueren cinco, esto precisamente, por la dificultad que se presentaba de encontrar ciudadanos libres que pudieran fungir como testigos.

⁵ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Edit. Ariel Derecho. Pág. 563

1.1.6. EL TESTAMENTO HECHO EN ÉPOCA DE PESTE

Posiblemente una de las enfermedades mas temidas en Roma, era la peste, esto por el gran numero de vidas que cobraba, ya que era de muy alto contagio, tanto que con su proliferación llegaba a terminar con ciudades completas, y como la medicina aun era de bajo nivel de desarrollo en Roma, dificilmente se podía encontrar algún medio de cura para superar la crisis.

Cuando estas epidemias azotaban las poblaciones, las formalidades con que debía ser otorgado el Testamento eran modificadas, para evitar contagios, y consistía en que los testigos podían acudir a firmar sucesivamente; es decir, de uno en uno, de tal forma que la época en que se desarrollaban estas pestes el testamento no se realizaba en un solo acto como lo estipulaba la Ley, este se realizaba en varias etapas o actos que generalmente eran ocho, el primero en el que el testador o *Pater familias* dictaba o redactaba su voluntad, una segunda en la que acudía el primer testigo a firmar el testamento y colocar su sello y así sucesivamente se realizaban los actos o etapas de la tres a la ocho que era la recolección de la firma y sello de los demás testigos.

1.1.7 EL TESTAMENTO A PUD ACTA CONDITUM.

Como el testador era libre de instituir como heredero a quien él quisiera, y el mismo era la persona que guardaba el testamento una vez satisfechas todas las formalidades, existía un peligro, y era el hecho de que alguna persona que tenia derecho a suceder por la vía legitima y pensara que no fue instituido como heredero, a la muerte del testador, destruyera el testamento, y así asegurar su carácter de heredero. Podía existir la posibilidad de comprobar por medio de los testigos que si existió un testamento, pero lo que no se podía comprobar era quien o quienes eran los herederos o legatarios instituidos en el testamento, o si la destrucción del testamento había sido por el mismo testador o por alguno de los herederos.

Para asegurar que la última voluntad del testador se llevara a cabo sin ningún entorpecimiento, nació el *testamentum a pud acta conditum*, que era un testamento que después de otorgado, se depositaba en poder de alguna autoridad, quedando así este testamento fuera del alcance del testador y de los posibles herederos, suprimiéndose así el riesgo que existía, mismo que ya fue comentado en el párrafo anterior.

La autoridad ante quien se depositaba el testamento, era una autoridad con fe pública, además, esta autoridad intervenía en la elaboración del testamento dando fe de la manifestación de la voluntad del testador, sin ser testigo y conservándolo en sus archivos.

Posiblemente aquí es donde se tienen los inicios de la figura jurídica llamada Notario Público, persona que en la actualidad da fe de la voluntad del testador en un Testamento Público Abierto, que posteriormente se remite al Archivo General de Notarías y queda resguardado en este para ser utilizado en el momento oportuno.

1.1.8 DE LA CAPACIDAD DE TESTAR EN ROMA (*TESTAMENTI FACTIO ACTIVA*).

En Roma la capacidad de testar era materia de interés del Derecho Privado, Derecho Público y de la Religión, motivo por el cual a pesar de estar siempre tanto en el pasado como en la actualidad regido por el Derecho Civil, ha sido importante, y considerado como de orden Público.

También sabemos que en Roma la facultad de testar o *testamenti factio* se dividía en dos clases, la *testamenti factio activa* que era la capacidad que tenía el ciudadano de testar, y la *testamenti factio passiva* que era la facultad del ciudadano de recibir bienes por medio de un testamento.

Solo gozaban de la capacidad de testar (*testamenti factio activa*) quien tenia plenamente sus capacidades, jurídica y de obrar, significando esto que el testador debía de ser libre, ciudadano romano y *Pater familias*. Es importante mencionar que esta capacidad de testar debía permanecer vigente desde el momento en que se otorgaba el testamento hasta el de la muerte del testador.

En un principio, solo los ciudadanos *sui juris* tenían la *testamenti factio* o facultad de testar, estando privadas de ellas las siguientes personas:

1. Los peregrinos. Según el Derecho Romano estos no podían testar, pero el Derecho de sus ciudades de origen si les permitía testar.
2. Los latinos junianos y los *dediticios*. A los primeros la Ley *Junia* les quitaba el derecho de testar, mientras que los segundos no podían testar, por no ser considerados ciudadanos.
3. Los esclavos. Estos tampoco tenían permitido el testar, salvo la excepción de los esclavos del Estado (*servi publici*) que si tenían un patrimonio, y que se les concedía la facultad de testar, pero solamente la mitad de su patrimonio.
4. Las mujeres ingenuas *sui juris*. En un principio estas mujeres no pudieron testar mientras se encontraran bajo la tutela de su familia, esta mujer podía testar solo que sufriera una *capitis deminutio minima* que la hacia retirarse de su familia Civil.
5. Los hijos de familia. Por la misma razón que la mujer estos no podían testar, a pesar de que obtuvieran su propio patrimonio, solo los que eran militares lo podían hacer en un principio por las concesiones que ya comentamos dentro del testamento militar, esta situación permaneció vigente hasta la época de Justiniano, que ya dejó de manera general esta facultad.

6. Finalmente también los sujetos que habían sido testigos o habían negado su testimonio, no podían testar ni ser instituidos como herederos según la Ley de las XII tablas.

1.1.9 EJERCICIO DEL DERECHO DE TESTAR EN ROMA

Para poder realizar un testamento válido, en Roma no era necesario tener solamente la *testamenti factio* o derecho de testar, sino también el ejercicio de este derecho, este a diferencia del derecho de testar no era necesario que permaneciera vigente a la muerte del testador, el ejercicio del derecho de testar se podía perder después de la elaboración del testamento y dicho testamento no quedaba afectado de nulidad.

Estas eran las personas que no tenían en Roma el ejercicio del derecho de testar:

1. Los impuberos sui juris. Estos no lo podía realizar porque eran considerados en la pubertad, y se pensaba que no tenían la suficiente capacidad para decidir en un acto tan importante para los romanos, solo podían hacerlo por medio de sus padres.
2. Los locos. Estos solo podían testar en un momento de lucidez.
3. Los prodigios interdictos. Estos ya no podían ejercer su derecho de testar porque habían perdido su *commercium*.
4. Los sordos y los mudos. A estos no se les daba la oportunidad de ejercer su derecho de testar, porque se decía que no tenían un lenguaje definido, pero si su incapacidad había sido por accidente, y antes de éste ya habían testado, este testamento tenía plena validez.

1.1.10 LA CAPACIDAD DE SUCEDER POR TESTAMENTO

La capacidad de suceder por testamento o *testamenti factio passiva* era la idoneidad para ser instituido heredero, para adquirir legados o para ser nombrado tutor, quedando fuera de este derecho los extranjeros salvo el caso de que el testador fuere un militar.

Los herederos debían ser instituidos plenamente por el testador para que este contara con la capacidad de sucederlo, pues de lo contrario la sucesión no era posible y el testamento se afectaba de nulidad.

También en Roma ya se podía instituir como heredero a los futuros familiares que aun no nacieran, y no se configuraba la hipótesis mencionada con anterioridad, pues aquí se designaba a un heredero de la familia a un hijo, o aun nieto, situación que ya no lo hacía incierto, ya le daba una determinante aunque no exacta como el mencionar a una persona ya existente.

Ya en el año 469 en una Constitución de León se establece la posibilidad de que hereden las personas inciertas o no designadas singularmente, personas como un Municipio, la Iglesia, los pobres, los cautivos y los eclesiásticos, siendo hasta en el Derecho Justiniano donde se extiende esta capacidad a todas las asociaciones que fueran lícitas para la sociedad y la Ley.

La capacidad de suceder por testamento o *testamenti factio passiva* tenía que existir en tres momentos o actos jurídicos que eran:

- A) El primer momento era cuando se realizaba el testamento por el testador.
- B) El segundo era en el momento de la muerte del testador.
- C) El tercero era en el momento en el que el heredero o sucesor recibía la herencia dejada por el testador.

Ya en la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, del año 17 antes de Cristo, y en la *Lex Papia Poppaea* del año 9 antes de Cristo se consideraban incapaces para suceder por testamento a los siguientes:

1. A los varones de veinticinco a sesenta años y las mujeres de veinte a cincuenta años que permanecen célibes, o sea solteros, viudos o divorciados.
2. A los *Orbi*, que no era más que los hombres de veinticinco a sesenta años que permanecieran casados y sin hijos, y las mujeres de veinte a cincuenta años casadas y que no hubieran procreado más de tres hijos.
3. El *Pater solitarius*, que era el padre viudo y que no procreo ningún hijo.
4. Los cónyuges que no procrearon hijos entre sí y que están casados.

Debemos tener en cuenta que la falta de capacidad para suceder por testamento y la incapacidad de adquirir no se deben confundir con la indignidad para suceder, pues esta última no era incompatible con la delación de la herencia, ni con la adquisición de esta, pero el Estado despojaba de lo adquirido al indigno, esto es al heredero o legatario que observaba una conducta reprochable.

1.1.11 LA INSTITUCIÓN DEL HEREDERO.

La parte medular del testamento romano, es la institución de heredero, sino existe ésta, el testamento no existe, pues este acto es un elemento esencial. Durante todo el Derecho Romano, en todas las diferentes formas del testamento, debía de existir la institución mínimo de un heredero, ya que sino se nombraba un sucesor, era como si no se hubiera otorgado testamento, y el autor de la sucesión moría sin dejar disposición testamentaria alguna.

La forma de instituir al heredero debía tener ciertas solemnidades, las cuales fueron cambiando con el tiempo, en el Derecho Antiguo, y en la Época Clásica, fue cuando era mas formalista la designación del heredero, ya que debían utilizarse determinadas palabras para realizarlo, y si eran empleadas otras, aunque quisieran decir lo mismo, se tenía por no hecha la designación del heredero. La designación debía colocarse en primer lugar; es decir, al principio del testamento, ya que antes del nombramiento del heredero no podía haber nada escrito, a no ser que fuera la designación de un tutor, o bien que se desheredara a alguien, esto era lo único que podía escribirse antes del nombramiento del heredero.

Durante el Bajo Imperio, desapareció la formalidad de las palabras que se tenían que utilizar para la institución de un heredero, ya que podía hacerse la institución de cualquier forma, siempre y cuando la forma elegida por el testador fuera clara. Además, ya no era indispensable que esta institución del heredero se hiciera al principio del testamento, pues el lugar donde se hiciera ya no era relevante, mientras se nombrara a un heredero.

La institución del heredero podía ser pura y simple, o bien, podía ir acompañada de una condición, o de un plazo, pero para que esa condición o plazo fueran válidos debían ser insertos, no obstante, si se imponía una carga al heredero, esto no afectaba en nada, ya que se tenía por no puesto.

1.1.11.1 SITUACIÓN JURÍDICA DEL HEREDERO

El heredero instituido a la muerte del testador, recibía a título universal la sucesión del difunto, que comprendía todo el conjunto de bienes, créditos y deudas que este había adquirido hasta antes del momento de su muerte, trayendo esto como consecuencia que el heredero entrara en la situación jurídica del testador, teniendo en cuenta la existencia de algunas diferencias, mismas que el Maestro Guillermo Floris Margadant S. nos señala de la siguiente forma:

1. **“Diversas facultades que tuviera el de *cuius* con fundamento en el derecho de personas se extinguían con la muerte del autor de la herencia (el heredero no continuaba la tutela que desempeñaba el difunto, no ejercía la patria potestad que poseyera el difunto, no se convertiría en marido de la viuda, etc.)**
2. **Diversos derechos reales se extinguían con la muerte del titular (usufructo, uso, habitación).**
3. **Diversas relaciones contractuales se extinguían con la muerte, tales como el mandato, la sociedad, el contrato de hospedaje; también la posición jurídica del obrero terminaba con su muerte. Y aunque otras relaciones –como la de arrendamiento- no terminaban en forma automática con la muerte del sujeto, el contrato respectivo *podí prevr*, por ejemplo la extinción de los derechos y deberes del arrendatario por la muerte de este.**
4. **Algunas facultades procesales se extinguían por la muerte del interesado, (la facultad de denunciar el delito de difamación o de presentar algunas otras denuncias *vindictam spirantes*, orientadas a la venganza o basadas en lesiones del amor propio).**

5. En algunos casos, también el heredero recibía una mejor posición jurídica de la que había correspondido al de *cuius*. Por ejemplo, las acciones por multas privadas que amenazaban a este, no podían ejercerse contra aquel.
6. Por confusión, se extinguían los créditos del de *cuius* contra el heredero, o las deudas del mismo para con el heredero.
7. También por legados, manumisiones, fideicomisos e impuestos sobre herencias, el heredero recibía menos de lo que le correspondía al patrimonio del de *cuius*.

En relación con los puntos 4 y 5, una vez que el proceso penal había llegado a la *litis contestatio*, el heredero podía continuar el pleito iniciado por el de *cuius*, y tenía continuar el pleito iniciado contra el de *cuius*".⁶

De lo anterior comprendemos que el heredero recibía a título universal toda la sucesión, pero en el caso de que él testador solo heredara una parte de sus bienes, el heredero designado tenía la oportunidad de reclamar la totalidad de los bienes, pues como ya se comentó con anterioridad en Roma no se podía dejar parte de la herencia intestada y parte testada.

Ahora bien, si el testador designaba varios herederos se podía presentar alguno de los siguientes dos supuestos:

1. Donde el testador estipulaba que porcentaje correspondía a cada uno de los herederos, que era el más adecuado, pues en este supuesto, cada uno recogería su parte que le correspondía, sin necesidad de alegar.

⁶ MARGADANT S., Guillermo Floris. Derecho Romano. Edit. Esfinge. Pág. 480.

2. Donde el de cujus no había designado la parte o porcentaje que le correspondería a cada heredero. Siendo necesario en este supuesto que la autoridad procediera a hacer una partición de los bienes en porcentajes iguales para cada uno de los herederos, pudiéndose dar aquí la situación de que hubiera un conflicto por la forma en que se dividía la masa hereditaria.

Asimismo es importante que dentro de esta situación jurídica del heredero tomemos en cuenta que debía tener o gozar del derecho de suceder por testamento, facultad que ya explicamos y describimos en temas anteriores.

1.1.11.2 CLASES DE HEREDEROS

Con la finalidad de evitar que un jefe de familia falleciera sin dejar testamento, lo cual se podía considerar deshonoroso dentro de la sociedad romana, el derecho busco la forma de proteger a los ciudadanos, ya que estos podían aun habiendo hecho testamento morir intestados, pues el testamento quedaba inoficioso por incapacidad de los herederos para heredar, dando así origen a una clasificación de los herederos, que los dividía en dos grupos, que eran en primer lugar los herederos necesarios y en segundo lugar los herederos voluntarios; el primer grupo se subdividía también en herederos necesarios y en herederos suyos y necesarios.

Los herederos necesarios eran las personas que tenían la obligación de aceptar la herencia, es decir, no se les preguntaba si la aceptaban o no, simplemente adquirían la sucesión por el solo hecho de estar vivos y ser capaces, sin importar su posición dentro de la sociedad romana.

Dentro de esta primera clasificación, encontramos a los esclavos que eran instituidos por el testador, y que por ese hecho eran manumitidos, es decir, que en virtud del testamento adquirían la libertad y se convertían en herederos. Como lo especifica el autor Eugene Petit en la siguiente cita:

“La sucesión la adquiere de pleno derecho, aun sin su consentimiento ni mal que le pese. Este resultado se produce a la muerte del testador, si el esclavo ha sido manumitido e instituido pura y simplemente; y a la llegada de la condición, si la institución o la manumisión son condicionales”.⁷

De esta forma los romanos dieron solución al problema que se presentaba cuando el testador moría insolvente, pues si ocurría esto, lo más seguro que el heredero que dejara no aceptaría la herencia, y entonces se consideraba que había muerto sin heredero, y sus bienes se venderían a favor de sus acreedores, originando esto que recayera sobre la memoria del testador, hoy difunto una nota de infamia.

Dejando el de cujus a alguno de sus esclavos como heredero aparentemente resolvía la situación de morir intestado, pues el esclavo no tenía derecho a repudiar la herencia, ya que con la aceptación de esta se le otorgaba su libertad.

Pero a pesar de esto aun subsistía un problema que consistía en que si las deudas del de cujus eran mayores a los bienes, el heredero tenía que pagar aquellas con sus propios bienes, pero lógicamente como estaba estipulado en Roma que los esclavos no podían tener bienes, entonces los acreedores podían vender el patrimonio que formaba la masa hereditaria, dándose nuevamente el supuesto que ya comentamos anteriormente que era creación de una nota de infamia.

El pretor, trato de dar solución a esta situación autorizando al esclavo libre y heredero, a pedir la *Bonorum Separatio*, que consistía en no mezclar la herencia con el patrimonio del heredero, y así, las deudas eran pagadas hasta donde alcanzara la masa hereditaria, y todo lo que el heredero necesario hubiere ganado ya siendo libre, le seguía perteneciendo.

⁷ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Edit. Porrúa. Pág. 544.

Los herederos suyos y necesarios eran las personas que por estar dentro del grupo de los herederos necesarios, también se les imponía la herencia, no era necesario que otorgaran su consentimiento para adquirirla.

Dentro de esta segunda clasificación, se comprende a todas aquellas personas que hayan estado bajo la patria potestad, o a la *manus* del testador, controvirtiéndose por el fallecimiento de este, en *sui juris*.

A estas personas se les consideraba dentro de este grupo, porque se suponía que únicamente conservaban lo que ya les pertenecía. Explicado más claramente por el autor Eugene Petit de la siguiente forma:

“Este resultado se justifica por su calidad de herederos suyos, y no tienen porque aceptar ni rehusar la sucesión, porque no hacen mas que conservar los bienes sobre los cuales ya tenían una especie de copropiedad, como miembros de la familia Civil. Son, por decirlo así, mis propios herederos: *heredis sui*.”⁸

Dentro de los herederos voluntarios que corresponden a la tercera clasificación, se encontraban todas las demás personas que no estaban comprendidas en las dos clasificaciones anteriores, siendo estos todas las personas capaces de heredar, que no estuvieran bajo la patria potestad del testador, y se llamaron voluntarios porque estos contaban con el derecho de aceptar o repudiar la herencia de forma voluntaria. Era un requisito que este tipo de herederos diera su consentimiento para que pudieran ser parte de la sucesión y recibir la misma.

⁸ Ob. Cit. Pág. 545.

1.1.11.3 IUS ADCRESCENDI

Este derecho de acrecer, se da cuando habiendo varios herederos instituidos, alguno de ellos no se encontraba por alguna causa o no podía recibir su parte de la herencia, su porcentaje quedaba en beneficio de los otros herederos, que si estaban dentro de la sucesión.

Este *Ius Adcrescendi*, se originaba únicamente si no hubo adición, es decir, si el heredero no participo en la sucesión, pues si ya había participado en ella y moría antes de la adjudicación de los bienes de la sucesión, su porcentaje no podía ser repartido entre los demás herederos, ese porcentaje se tenía que respetar pues ya se consideraba como de él, y tenían derecho a ese porcentaje sus herederos.

1.2 EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

En el Derecho Anglosajón, al derecho sucesorio se le denomina *Inheritance Laws* o derecho hereditario.

El antecedente más antiguo del derecho sucesorio anglosajón es el derecho sajón de Inglaterra, en donde cualquier testamento tenía que ser elaborado solo con autorización real y no podía ser revocado.

Después de 1540 la ley dispuso para los *landowners* o señores propietarios de tierras, poder disponer de sus bienes después de su muerte bajo el régimen del *trust* o confiar, algo que era muy parecido a lo que hoy en día conocemos como fideicomiso.

El *trust* era un instrumento en virtud del cual se nombraba uno o varios fiduciarios que en aquella época no eran instituciones bancarias sino simples personas en las que confiaba el fideicomitente, este último nombra a uno o varios fideicomisarios o beneficiarios sobre los bienes o patrimonio afectado.

Los sujetos en el derecho sucesorio angloamericano son los siguientes: en este derecho al testador si es varón se le denomina testador, pero si es mujer se le denomina *testatrix*; el testador nombra a un albacea de la herencia al que se le denomina *executor* si es hombre, pero si es mujer se le denomina *executrix*, cuando el autor de la herencia muere se abre la sucesión testamentaria.

1.3 EL TESTAMENTO EN EL DERECHO COLONIAL

Es realmente poco lo que se puede hablar respecto al tema de las sucesiones durante la dominación de los españoles en nuestro país, por el poco interés que presento la doctrina al respecto. No es, sino hasta el año de 1536, en que se puede ver un interés mayor en esta materia, y lo que da origen a esa mayor atención al respecto son los problemas jurídicos que se suscitaron al concederse, por mas de una vida las encomiendas.

En relación con la transmisión de las encomiendas por vía sucesoria, encontramos su nacimiento en la Real Provisión de 1536: "Estableció la Real Provisión de 1536, que a la muerte de un encomendero que estuviera gozando del disfrute de su encomienda en primera vida, se había de hacer merced de esta encomienda al mayor de sus hijos legítimos, **“con cargo que hasta tanto que sea de edad para tomar armas, tenga un escudero que nos sirva en las guerras**

con la costa que su padre servia y hera obligado; y si el tal casado no tuviere hijo de legitimo matrimonio nacido, encomendareis los dichos yndios (Sic.) a su mujer viuda”, y si “esta se casare y su segundo marido tuviere otros yndios, (Sic.) daraeisle uno de los dichos repartimientos que quisiere, y si no los tuviere, encomendareisle los yndios que así la mujer viuda tuviere”.⁹

De la lectura de esta real provisión, se desprende que la encomienda continuo siendo una merced real, y que no era el encomendero quien podía disponer libremente de ella, sino que fue el mismo Rey, quien estableció el orden en que se debía suceder. Por otra parte, surgió la duda si solamente el mayor de los hijos, y a falta de este, la mujer del encomendero podía disponer de la sucesión. Para resolver esto, se dictaron las cédulas de cuatro de marzo y cinco de abril de 1552: **“Cuando falleciere alguno y dejase dos, tres o más hijos o hijas, y el mayor, que según la provisión antecedente (se refiere a la de 1536) debiese suceder en los yndios entrase en religión y o tuviese otro impedimento, deberá pasar al segundo, y assi consiguiente hasta acabar los varones; sucediendo lo mismo en las hijas por falta de aquellos, y por la de unos y otras, la mujer”**.¹⁰

En estas provisiones, se modificó el orden en que se debía suceder la encomienda, ya no era el hijo mayor, y después la viuda, sino que ahora los primeros que tenían derecho eran los hijos, en orden por su edad, si ninguno de los varones podía por cualquier causa, entonces se seguía la misma regla para las mujeres hijas, y en último lugar la viuda.

⁹ OTS y Capdequi, José Maria. Historia del Derecho Español en América y el Derecho Indiano. Edit. Aguilar. Pág. 225.

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 226

Felipe II, vino a cambiar por segunda vez el orden de suceder, estableciendo que si el hijo mayor tenía descendencia, eran los hijos de este, los que heredarían la encomienda del abuelo, aun si aquel hubiese fallecido estando todavía vivo este, estableciéndose después jurisprudencia en el Consejo de Indias, en el sentido de que los descendientes del primogénito, tenían más derecho que los demás hijos del encomendero.

Había una situación que se podía presentar a engaños, y era que el encomendero estando a punto de morir contraía matrimonio para poder dejar su encomienda en sucesión; para evitar esto, en 1575 se dispuso que para que la mujer tuviera derecho a heredar la encomienda, debía haber estado casada mínimo durante seis meses con encomendero que había muerto.

En cuanto a los incapaces para adquirir las encomiendas por sucesión, el Maestro José María Ots y Capdequi, nos dice que eran:

- A) Los hijos legítimos, y los naturales.
- B) Los nietos legítimos, hijos de hijos legítimos.
- C) El que teniendo derecho a suceder no se encontrara en las Indias, a menos que su ausencia se justificara.
- D) Los hijos adoptivos.
- E) Los religiosos, y los clérigos.
- F) Los que ya fueran dueños de otra encomienda, sin importar bajo que título la hubiesen adquirido.

La persona que sucediera al encomendero, tenía la obligación de prestar alimentos a sus hermanos, hermanas y a su madre, y si eran nietos los que adquirirían la encomienda, entonces eran los tíos, tías y abuela a quienes debían presentar los alimentos, ya que si tomaban el lugar de su padre en cuanto al disfrute, también debían hacerlo en cuanto a las cargas que trajera implícita la sucesión. Esta obligación de prestar alimentos cesaba cuando la viuda contraía nuevas nupcias, y cuando los demás hijos del difunto tuvieran un medio con el cual vivieran decorosamente.

Finalmente, si el encomendero moría sin tener hijos y mujer, es decir, sin sucesores, la encomienda regresaba a manos del Rey, quien era él legítimo dueño de ella y de todo lo que existiera en la Nueva España, pues la encomienda, no era mas que una merced real, es decir, una concesión otorgada por el Monarca a alguna persona.

En cuanto a otras disposiciones que existieron en relación con las sucesiones, son muy pocas las que podemos mencionar, y los haremos siguiendo al Maestro Ots y Capdequi.

“Solo algunas disposiciones reales encaminadas a corregir los abusos cometidos por algunas autoridades coloniales en la sucesión de los cacicazgos y contra la libertad de testar de los indios; otras sobre el cumplimiento de las restituciones en consecuencia que al tiempo de su muerte hicieron a los indios sus encomenderos; algunas reales cédulas correctoras de las extralimitaciones cometidas por los preladados de Indias en punto a la libertad testamentaria de sus clérigos y prebendados, así como de los fraudes cometidos por algunos confesores para conseguir que sus fieles otorgaran

testamento en favor de sus deudos, iglesia o religión, y, por último, ciertas bulas o breves pontificios, con sus correspondientes leyes aclaratorias, puntualizando las facultades dominicales de los obispos sobre sus bienes patrimoniales y sobre los adquiridos por razón de sus dignidades eclesiásticas”.¹¹

1.4 EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1870.

Este ordenamiento, fue expedido por el Licenciado Benito Juárez, el 8 de diciembre de 1870, entrando en vigor a partir del 1 de marzo de 1871, tuvo vigencia desde esa fecha, hasta el 10 de junio de 1884, siendo obligatoria su observancia en el Distrito Federal y Territorio de Baja California.

De los cuatro libros en que fue dividido este Código, en el que se encontraba regulado todo lo referente a sucesiones, fue el último, el Libro Cuarto, del que extraeré y comentaré únicamente lo que tenga relación con el Testamento Público Abierto, que es el tema objeto de estudio en este trabajo.

En este Código la definición de testamento la encontramos en el artículo 3374 diciendo que el testamento es **“El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”**.¹²

Ahora encontramos que el testamento Público esta definido en el artículo 3751 de este ordenamiento como **“que es el que se otorga ante Notario y testigos (sin especificar el número), y en papel sellado”**.¹³

¹¹ Ob. Cit. Pág. 229.

¹² Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. 1870.

¹³ Ob. Cit.

Posteriormente el ordenamiento hace una clasificación del testamento público diciendo que este puede ser abierto o cerrado, conceptualizándonos al testamento Público abierto en el artículo 3754 como la manifestación de la voluntad del testador en presencia de las personas adecuadas para autorizar el acto jurídico.

El ordenamiento contempló todo un capítulo al Testamento Público Abierto en particular, dentro de este capítulo se establecen las reglas y formalidades que deben presentarse para que se pueda otorgar esta clase de testamento.

En el artículo 3768 del ordenamiento nos manifiesta los principales requisitos para la confección del testamento Público abierto, diciendo que se dictará de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario, el notario redactará por escrito las cláusulas que formaran el testamento Público abierto y posteriormente las leerá en voz alta para que el testador manifieste si esta conforme. Si el testador acepta lo leído entonces procederá que lo firmen todos los que participaron en la confección del testamento; asentándose el lugar, la hora, el día, el mes y el año en que hubiere sido otorgado.

En el Código de 1870, no se encontraban disposiciones referentes a los casos en que el testador es ciego y a cuando el testador ignore el idioma en que el notario redactó el testamento, por lo tanto, en el primer caso, no era necesario que el testamento se leyera dos veces, y en el segundo únicamente era necesario que asintieran y firmaran el documento dos intérpretes, pero el instrumento sería redactado en español desde el principio.

En lo referente a quienes pueden ser, y quienes no pueden ser testigos, en la confección de un testamento el Código de 1870 señalaba en su artículo 3758, quienes eran incapacitados para serlo:

1. Los amanuenses del notario que autorice o confeccione el testamento.
2. Los ciegos y los que no entiendan el idioma que habla el testador.
3. Los que se encuentren totalmente impedidos del oído y el habla.
4. Los que no se encuentren en su pleno ejercicio de sus facultades mentales.
5. Los que no contaban con la calidad de domiciliados, salvo algunos casos exceptuados por la Ley
6. Las mujeres
7. Los varones menores de edad
8. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

En relación con la capacidad de testar, básicamente no ha variado, las incapacidades eran las mismas que actualmente con la única diferencia que el Código Civil vigente especifica que el testamento que confeccione un demente en algún momento de lucidez, debe ser testamento público abierto y el Código Civil de 1870, no lo especificaba, simplemente establecía que se debían redactar las cláusulas por escrito y con las solemnidades que debían llevarse a cabo para que el documento no careciera de validez.

El Código Civil de 1870 regulaba una figura jurídica que se llamaba “la legítima” que no era otra cosa mas que la limitación que tenía el testador para disponer de sus bienes de una forma total. Esta figura la conceptualizo este Código Civil en su artículo 3460 diciendo que la Legítima es **“la porción de bienes destinada por la Ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes, que por esta razón se llaman forzosos”**.¹⁴

El testador no podía privar a sus herederos forzosos de esta legítima, que no podía ser gravada, condicionada ni sustituida. La porción de bienes que integraban la legítima era la establecida por el artículo 3463 del Código Civil de 1870, que consistía en cuatro quintas partes de los bienes de la masa hereditaria cuando el testador dejaba descendientes legítimos o legitimados; eran dos tercios si el testador dejaba solo hijos naturales; y si la descendencia del testador eran hijos espurios solo era la mitad de los bienes.

Así posteriormente el Código en comento nos sigue dando referencias de cómo se debía hacer la repartición de la Legítima entre los descendientes o ascendientes que acreditaban su derecho a heredar y que concurrían a hacerlo valer.

1.5 EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884.

Este Código fue revisado en 1882 por una comisión nombrada por el presidente Manuel González, y sería aplicado en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Fue regresado en 1883 por esta comisión, ya en forma de proyecto y con varias modificaciones en especial dentro de la materia de sucesiones, contemplando el principio de la libre testamentifacción que fue iniciativa del Ministro de Justicia Joaquín Baranda. Dicho principio manifestaba:

¹⁴ Ob. Cit.

“El individuo que con su trabajo y su industria adquiere una fortuna debe tener derecho a disponer de ella, la restricción a esta libertad puede inhibir su actividad productora en perjuicio de la riqueza publica. La libertad de testar es el ensanche de la libertad individual y complemento al derecho de propiedad”.¹⁵

Este principio fue relevante pues en la legislación anterior de 1870 el testador no tenía libertad de disposición sobre sus bienes pues debía de contemplar lo que era llamado la Legítima Forzosa que era la obligación de dejar cierto porcentaje de sus bienes para sus descendientes y su cónyuge, bajo el supuesto de que tenía que dejarlos con una manutención y cierta riqueza. Lo que le causaba un gran detrimento de su patrimonio que podía ser heredado a alguien más.

El proyecto de Código se envió a la Cámara de Diputados como iniciativa del Poder Ejecutivo el 2 de mayo de 1883, y el 28 de noviembre de ese mismo año la Comisión de Justicia de la Cámara presentó el dictamen aprobándolo con todas sus reformas acordadas.

Finalmente el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California fue promulgado el 31 de marzo de 1884 y entró en vigor el 1 de junio de 1884. Quedando asentado el principio de la libertad testamentaria o libre testamentifacción en el artículo 3323 que dice: **“Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o de legado”.**¹⁶

¹⁵ GALINDO Garfias, otros. Un Siglo de Derecho Civil Mexicano. Edit. UNAM. Pág. 122.

¹⁶ Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. 1884.

En este Código encontramos que lo relacionado con sucesiones se encuentra regulado en el Libro Cuarto, y lo relacionado con los testamentos inicia a partir del Título segundo, De la Sucesión por Testamento, siendo desde el artículo 3237, ordenamiento que nos define al testamento como **“el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos”**.¹⁷

Así sucesivamente este Código Civil nos sigue hablando de la reglamentación del testamento y de los herederos, capacidad para testar y heredar, condiciones que se pueden contemplar en el testamento, de los bienes de que puede disponerse por testamento y de los testamentos inoficiosos, de la institución del heredero, de los legados, de las sustituciones, de la nulidad y revocación de los testamentos y de los tipos de testamentos.

En esta normatividad Civil se contemplo la siguiente clasificación de los testamentos:

1. Testamentos Públicos.
 - a) Testamento Público Abierto.
 - b) Testamento Público Cerrado.

2. Testamentos Privados.
 - a) Testamento Militar.
 - b) Testamento Marítimo.
 - c) Testamento Hecho en País Extranjero.

En el título tercero del Código nos encontramos que se define al testamento Público como **“el que se otorga ante notario y testigos idóneos y se extiende en papel con las estampillas del timbre que señala la**

¹⁷ Ob. Cit.

ley".¹⁸ Aquí nos podemos percatar de que el testamento Público ya se conceptuaba en una forma similar a la actual, solo que aquí se contemplaba un requisito mas que en el actual y que consistía en la elaboración en papel con estampillas, de donde las estampillas no eran otra cosa mas que el comprobante del pago de impuestos originado por la confección del testamento y de no contenerlas estas el documento no tenia validez.

Posteriormente en el artículo 3485 el Código nos define al testamento Público abierto de la siguiente forma: **"el testamento es abierto cuando el testador manifiesta su voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto"**.¹⁹ Concepto que ya tiene gran similitud con el manifestado en el Código Civil actual que rige al Distrito Federal.

Este Código Civil nos señala limitantes de quienes no pueden ser testigos en la confección del testamento, las cuales son:

- I. Los amanuenses del notario que autoriza el testamento.
- II. Los invidentes y los que no entienden o hablan el mismo idioma del testador.
- III. Los que están totalmente afectados del habla y del oído.
- IV. Los que no están en su sano juicio.
- V. Los que no tenían la calidad de domiciliados, salvo algunas excepciones que la misma Ley contemplaba.
- VI. Las mujeres.
- VII. Los varones menores de edad.
- VIII. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Si el testador no utilizaba el mismo idioma que los testigos y el notario, este último estaba obligado a citar en el acto a dos traductores que también deben de firmar la escritura en compañía de los testigos y el notario.

¹⁸ Ob. Cit.

¹⁹ Ob. Cit.

Otro de los puntos esenciales del testamento Público abierto que se limitan en este Código Civil es el que tanto el testador como los testigos deben de conocer al testador, y en los casos en que no se daba este requisito el notario estaba obligado a asentar en la escritura el medio por el cual se cercioro de la identidad, y cabal estado del testador.

El artículo 3499 del Código Civil de 1884 nos dice de forma clara y concreta el como debe confeccionarse el testamento Público abierto al manifestar que **“se dictara de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario: éste redactara por escrito las cláusulas y las leerá en voz alta, para que el testador manifieste si esta conforme. Si lo estuviere, firmaran todos el instrumento, asentándose el lugar, el día, el mes y el año en que hubiere sido otorgado”**.²⁰

Lo relacionado con el testamento público abierto es poco reglamentado en este Código Civil, pues le aplican las reglas generales de la sucesiones, solamente reglamentan los requisitos esenciales para la confección de este testamento, y que quedan reglamentado en los artículo del 3499 al 3505 del capítulo dos, Del Testamento Público Abierto; del libro tercero, De la Forma de los Testamentos inserto en libro cuarto, De las Sucesiones.

²⁰ Ob. Cit.

CAPITULO II

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

2.1 CONCEPTO DE TESTAMENTO

Primeramente citare varios conceptos del acto jurídico denominado testamento para tener una idea fundamental de lo que hablare en este trabajo, comenzando por las raíces etimológicas, ideologías de autores y el concepto de la Ley.

La palabra testamento tiene sus orígenes etimológicos en las voces latinas "testatio" y "mentis", que significan manifestación de la voluntad.

El diccionario de la lengua define al testamento como la **"declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos para después de su muerte"**.²¹

Modestino definía así el testamento: **"*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*"** o sea el testamento es la expresión exacta de nuestra voluntad de aquello que se quiere que se haga después de la muerte.²²

El Maestro Rafael Rojina Villegas nos dice que **"el testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma"**.²³

²¹ Diccionario Enciclopédico Éxito. Edit. Océano.

²² IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Edit. Ariel Derecho. Pág.355

²³ ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Edit. Porrúa. Pág. 385.

El Notario Público Juan Manuel Asprón nos dice que el testamento es **“el acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte”**.²⁴

De acuerdo al Código Civil vigente en el Distrito Federal encontramos una definición de testamento en el artículo 1295 que dice: **“Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte”**.²⁵

Como podemos percatarnos todas las definiciones citadas anteriormente, que fueron expresadas desde épocas antiguas como el Derecho Romano hasta nuestros días tienen gran similitud, pues todos los autores consideran que el testamento es un acto jurídico, de forma unilateral pues solo se expresa la voluntad del testador y que este acto no surte efectos hasta después de la muerte del testador.

Analizando y fundamentándome en las ideas anteriores de los autores concluyo que el testamento, es un acto jurídico por el cual una persona que goza de sus capacidades jurídicas, manifiesta su voluntad, mediante la cual dispone de todos sus bienes, derechos y obligaciones existentes al momento de llevar a cabo este acto, y futuros, para que surta efectos después de su muerte.

2.2 EL TESTAMENTO COMO ACTO JURÍDICO

Como ya se comento en líneas anteriores consideramos que el testamento es un acto jurídico, pero para poder comprenderlo mejor comentare las cuestiones del hecho y el acto jurídico.

²⁴ ASPRÓN Pelayo, Juan Manuel. Sucesiones. Edit. Mac Graw Hill. Pág. 43.

²⁵ Código Civil para el Distrito Federal. Edit. GMC. Pág. 142.

Primeramente nos damos cuenta que el acto jurídico puede ser considerado como un hecho jurídico, pero este hecho jurídico es en sentido amplio pues comprende lo que es el acto jurídico y/o el hecho jurídico en estricto sentido.

El hecho jurídico en sentido amplio **“es todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración, para atribuirle consecuencias de derecho”**.²⁶

El Maestro Savigny quien es considerado el creador de la noción doctrinaria del hecho jurídico lo define como **“todo acontecimiento natural o del hombre, capaz de producir efectos jurídicos”**.²⁷

De lo anterior se desprende que un hecho jurídico es diferente de cualquier otro hecho porque cualquiera de los dos puede ser producido por la naturaleza o por el hombre, pero el hecho jurídico debe de producir efectos de derecho, es decir, debe ser regulado o considerado por alguna norma jurídica, mientras que cualquier otro hecho no es tomado en cuenta por alguna norma jurídica.

Ahora bien el acto jurídico es **“una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico”**.²⁸

Para el Maestro León Duguit, **“el acto jurídico es todo acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una manifestación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existiría en un momento futuro dado”**.²⁹

²⁶ GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Edit. Porrúa. Pág. 204.

²⁷ Ob. Cit. Pág. 206.

²⁸ ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Edit. Porrúa. Pág.

²⁹ Ob. Cit. Pág.

De lo manifestado anteriormente se concluye que el elemento esencial que le da vida al acto jurídico es la voluntad de la persona ejecutante, es decir, debe hacerse con la intención de producir consecuencias de derecho para el ejecutante y para los demás.

Ahora podemos concluir las siguientes dos diferencias entre hecho y acto jurídico:

- En el hecho jurídico puede intervenir tanto la naturaleza como el hombre, y en el acto jurídico única y exclusivamente interviene el hombre.
- En el hecho jurídico no interviene la voluntad del hombre que para el acto jurídico es algo esencial pues en este último debe haber la intención de producir consecuencias de derecho.

Después de analizar los conceptos de testamento, hecho jurídico y acto jurídico, concluyo que el testamento es un acto jurídico, pues el elemento esencial del testamento es la expresión de la voluntad del testador con la intención de producir consecuencias de derecho después de su muerte, y estas consecuencias están plenamente reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Algunos autores consideran que el testamento es un acto jurídico *sui generis*, en el que se van a encontrar muchas derogaciones a las reglas generales, tanto a la teoría general del acto jurídico, como a la teoría de las obligaciones.

Siendo el testamento un acto jurídico, debe tener elementos esenciales y elementos de validez, donde los primeros son la voluntad y el objeto; y los segundos son la causa, la incapacidad, la forma y los vicios de la voluntad.

Mismos elementos que aplicados al testamento los podemos delimitar de la siguiente forma:

- Es un acto unilateral porque produce sus efectos desde la muerte del testador aun sin el consentimiento del heredero.
- Debe ser otorgado por una persona física mayor de dieciséis años en pleno ejercicio de sus facultades mentales
- El testador debe expresar libremente su voluntad sin la influencia de otras personas.
- El testamento como acto personalísimo debe ser elaborado en sus elementos esenciales por el testador.
- El testador transmite a través del testamento sus bienes, pero puede declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

La ley hace una distinción o clasificación de los testamentos basándose en su forma, de donde surgen dos géneros, los cuales son:

1. Testamentos ordinarios: en este género se encuentran el testamento público abierto, el testamento público cerrado y el testamento ológrafo.

2. Testamentos especiales: en este segundo género se encuentran el testamento privado, el testamento militar, el testamento marítimo y el testamento elaborado en país extranjero.

Es importante saber que se les denomina testamentos especiales porque se elaboran tomando en cuenta determinadas circunstancias y solo en atención a las mismas se permite recurrir a esa forma privilegiada, no siendo eficaz en los casos ordinarios.

De los testamentos mencionados anteriormente el que estudiaremos en este trabajo es el Testamento Público Abierto por ser uno de los más usuales en este país, y que se encuentra ubicado en el género de los testamentos ordinarios.

2.3 CONCEPTO DE TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

El Maestro José Arce y Cervantes en su libro de sucesiones nos dice que el Testamento Público Abierto: **“es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos”**.³⁰

El concepto anterior como podemos ver es muy general, pues el autor utiliza términos que requieren de explicación como lo es el de idóneos, con el cual el autor se refiere a que los testigos deben estar en pleno ejercicio de sus facultades como lo marca la Ley.

También el autor nos comenta que este testamento recibe el nombre de público porque el testamento debe estar autorizado por un fedatario Público que en este caso lo es el notario, y se le nombra abierto porque no está oculto, sino al contrario se encuentra patente y visible en el protocolo notarial.

³⁰ ARCE y Cervantes, José. De las Sucesiones. Edit. Porrúa. Pág. 116.

Otro autor nos define el testamento público abierto como **“el que se realiza ante notario público y tres testigos, y se asienta en el protocolo notarial”**.³¹ Como podemos apreciar este concepto es muy similar al anterior, solamente que este autor nos hace referencia a uno de los elementos que le da validez al acto y que es el asentamiento del mismo en un protocolo notarial. Elemento que de no llevarse a cabo afectara de nulidad nuestro testamento.

El Maestro Rafael Rojina Villegas nos dice que los testamentos públicos abiertos **“son aquellos en los que el testador declara en presencia del notario y testigos o simplemente ante estos, su voluntad”**.³²

El Notario Público Juan Manuel Asprón Pelayo en su libro de sucesiones nos dice que el testamento Público abierto es **“el que se otorga ante notario, expresando el testador de una manera clara y terminante su voluntad, debiendo ser el notario quien redacte por escrito el testamento, deberá además leérselo en voz alta para que el testador manifieste si esta de acuerdo con el testamento, y de ser así deberá ser firmado por el testador y el notario, quien deberá asentar el lugar, día, mes, año y hora en que se haya otorgado”**.³³

Finalmente tenemos que en nuestra legislación vigente en el Distrito Federal el Testamento Público Abierto es definido en el artículo 1511 como: **“el que se otorga ante notario, de conformidad con las disposiciones de este capítulo”**.³⁴

Todos estos conceptos concuerdan en que un testamento público abierto, debe ser ante un fedatario público, y testigos, como un requisito que le dará a este el valor y lo identifica frente a los demás tipos de testamento.

³¹ BAQUEIRO Rojas, Edgar. Derecho de Familia y Sucesiones. Edit. Harla. Pág. 337.

³² ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Edit. Porrúa. Pág. 407.

³³ ASPRÓN Pelayo, Juan Manuel. Sucesiones. Edit. Mc. Graw Hill. Pág. 52.

³⁴ Código Civil para el Distrito Federal. Edit. GMC.

Ahora, si retomamos el concepto de testamento que ya había elaborado y adecuándolo a lo que entendemos por testamento público abierto con apoyo de los conceptos manifestados por los autores y la legislación analizada considero que el testamento Público abierto es un acto jurídico manifestado ante un Fedatario Público llamado notario, por el cual una persona que goza de sus capacidades jurídicas, manifiesta su voluntad, mediante la cual dispone de todos sus bienes, derechos y obligaciones existentes al momento de llevar a cabo este acto, y futuros, para que surta efectos después de su muerte.

2.4 CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

Las características del testamento público abierto son similares a las del testamento en general, pues como nos podemos percatar de la lectura de los conceptos anteriores solamente un detalle es el que diferencia a un testamento del otro.

Las características del testamento público abierto son las siguientes:

- Acto jurídico. El testamento público abierto es considerado un acto jurídico porque es la manifestación del testador, con la finalidad de producir consecuencias de derecho, mismas que están contempladas por un ordenamiento jurídico.
- Unilateral. Se considera que el testamento público abierto es un acto unilateral pues para su perfeccionamiento y validez solamente basta con la voluntad del testador.

- Personalísimo. El testamento público abierto tiene la característica de personalísimo por dos situaciones que se reflejan en el, la primera es que solamente el testador lo puede elaborar, este no puede ser por apoderado o intermediario. La segunda es que a pesar de que participa un fedatario Público, y dos testigos solamente se manifiesta la voluntad de uno de ellos el cual se llama testador y no pueden manifestarse otras mas.
- Revocable. El testamento público abierto es revocable porque el testador tiene la facultad de revocarlo total o parcialmente hasta antes de su muerte, esta revocación generalmente se da por medio de la confección de un nuevo testamento.
- Libre. Se dice que es libre porque la manifestación de la voluntad del testador debe ser de forma clara, consiente, informada, con pleno conocimiento de los alcances de la manifestación y sin ninguna presión exterior de tipo físico, moral o psicológico.
- Realizado por persona capaz. Esta característica se refiere a que el testamento público abierto debe ser realizado por una persona que no este limitado de sus capacidades jurídicas, las cuales son la de goce y la de ejercicio principalmente.
- Objeto. Todo testamento tiene por objeto la disposición de bienes y derechos de un testador para después de su muerte, así como el cumplimiento de deberes.

- Solemne. Principalmente el testamento público abierto es considerado solemne pues debe ser confeccionado mediante un procedimiento específico y ante un fedatario público, aparte de las reglas que ya marca la Ley.

2.5 REQUISITOS DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

Para que este tipo de testamento sea válido se debe realizar bajo ciertas condiciones o reglas que manifiesta el Código Civil en su capítulo respectivo referente al testamento público abierto.

Primeramente debemos tomar en cuenta que para que sea válido el testamento público abierto debe contemplar los siguientes elementos:

- A) Ante notario Público.
- B) Ante tres testigos.
- C) En un solo acto ininterrumpido.
- D) Se leerá en voz alta en el mismo acto, frente al testador, testigos y ante el notario.
- E) Con la presencia de traductores, peritos o médicos de asistencia, si se requieren.
- F) En la escritura se mencionara el año, mes, día y hora en que se otorgue.

Además de contemplar los elementos ya mencionados anteriormente agregamos que este testamento se elabora mediante los siguientes pasos:

1. El testador debe estar en pleno ejercicio de sus capacidades de goce y de ejercicio.
2. El testador debe acudir ante un notario público, en compañía de dos testigos, aunque conforme a las reformas establecidas en nuestro Código Civil en la actualidad ya no es indispensable la existencia de testigos.
3. El testador debe llevar consigo una identificación oficial que lo identifique plena y fehacientemente.
4. El testador debe proporcionar al notario los siguientes datos:
 - A) Su nombre e identificación.
 - B) Nombre de su cónyuge.
 - C) El lugar de nacimiento.
 - D) La fecha de nacimiento.
 - E) Ocupación.
 - F) Estado Civil.
 - G) Domicilio.
 - H) Cuantas veces contrajo matrimonio y con quienes.
 - I) Si vivió en unión libre y con quien.

- J) Cuantos hijos procreo, sus edades y con quien los procreo, así como sus nombres.
 - K) Nombre de sus padres y si viven o mueren al momento de la celebración del testamento.
 - L) La manifestación de que si ya había elaborado un testamento anterior y en caso de haber sido así debe manifestar si desea revocarlo totalmente o parcialmente con este nuevo testamento.
 - M) Nombre del albacea o los albaceas y de los herederos y legatarios que desea contemplar en su testamento.
 - N) En el caso de ser necesarios los testigos, se requerirán los datos generales de ellos y sus identificaciones.
5. Firmar la escritura pública correspondiente por el testado y el notario y si hubiere sido necesaria la presencia de los testigos, también debe ser firmada por ellos.
6. Asentar en la escritura pública correspondiente el día, mes, año y hora en que se confecciono el testamento.
7. El pago de los derechos correspondientes por registro del testamento ante el Archivo General de Notarias de la entidad y los honorarios del notario.

Todos los requisitos mencionados anteriormente conforman los elementos necesarios que requiere el testador para poder elaborar un testamento con plena validez, sin pasar por alto que nuestra legislación puede solicitar algún otro elemento para los casos especiales como los que a continuación se comentan:

- La presentación forzosa de dos testigos instrumentales (llamados así porque sin su presencia no hay instrumento), cuando el testador no sepa o pueda firmar, sea sordo, sea ciego o no sepa o no pueda leer, o cuando el testador o el notario lo soliciten.
- Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, deberá firmar a su ruego y suplica uno de los testigos instrumentales y el testador imprimirá su huella digital.
- Cuando el testador sea sordo, si sabe leer, dará lectura por si mismo al testamento, pero si no supiere o no pudiere leer, designara a una persona para que lo lea y le entere del contenido.
- Cuando el testador no pueda ver o no sepa leer, se le dará lectura al testamento dos veces, una por el notario y una por los testigos o cualquier otra persona designada por el testador.
- Cuando el testador ignore el español, deberá concurrir acompañado de un interprete, el testador escribirá su testamento que será traducido por su interprete. La traducción se transcribirá como testamento en el protocolo, excepción a la regla de que quien redacta es el notario, y el original, firmado por el testador, el intérprete y el notario, se anexa al apéndice de la escritura.

2.6 REGULACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN MÉXICO

En nuestro país la reglamentación jurídica del testamento Público abierto se encuentra asentada en nuestro Código Civil de cada una de las entidades, en específico dentro del libro correspondiente a las sucesiones y a su vez dentro del título correspondiente a las sucesiones por testamento, el cual nos trata desde el concepto de testamento, sus características, los tipos de testamento y los requisitos para cada uno de ellos.

Dentro del Distrito Federal que es la entidad en que habitamos y la que nos interesa más, tenemos que el testamento Público abierto está regulado dentro del Código Civil en el Libro Tercero llamado “De las sucesiones”, Título tercero “De la forma de los testamentos” y Capítulo II “Testamento Público Abierto”, capítulo que contempla desde el artículo 1511 al 1520.

Legislación que solamente menciono de una forma muy genérica, pues dentro del desarrollo del capítulo tres de este trabajo se irá ya citando y analizando de una forma más profunda, así como su relación con los demás artículos y legislaciones.

2.7 CONCEPTO DE OBLIGACIONES

Uno de los principales conceptos de obligación es el que se da en Roma en la instigación de Justiniano que nos dice ***“Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura que significa, la obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad”***.³⁵

³⁵ BORJA Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Edit. Porrúa. Pág. 69.

El Maestro Pothier define a la obligación diciendo **“es un vínculo de derecho que nos sujeta respecto de otro a darle alguna cosa o hacer o no hacer alguna cosa”**.³⁶

El Maestro Planiol nos dice que la obligación es **“un vínculo de derecho por el cual una persona esta sujeta para con otra a hacer o no hacer alguna cosa”**.³⁷

El Maestro Manuel Borja Soriano nos define a la obligación como **“la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor”**.³⁸

El Maestro Felipe Sánchez Román define la obligación como **“la necesidad de derecho en que se encuentra constituida una persona respecto de otra para el cumplimiento de una prestación que le es jurídicamente exigible”**.³⁹

Del análisis de los criterios de los autores citados anteriormente nos damos cuenta que en una obligación surgen o están implícitos los siguientes elementos:

- **Consentimiento.** Esto es que exista una persona con capacidad de obligarse a realizar una conducta determinada, que puede ser un dar o no dar, un hacer o no hacer, un doy para que me des o un te doy para que me hagas.
- **Objeto.** Son las cosas o entes sobre las cuales se conviene la realización del acto jurídico. El objeto debe primero existir en la naturaleza, segundo ser determinado o determinable en cuanto a su especie y tercero estar en el comercio.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ob. Cit. Pág. 70.

³⁸ Ob. Cit. Pág. 71

³⁹ BEJARANO Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Edit. Harla. Pág. 7.

- Forma. En algunos actos jurídicos es requisito indispensable la forma, esto es la nota característica de como debe hacerse ese acto jurídico para que tenga existencia o validez.

En el Testamento Público Abierto, fuente de las obligaciones, que es nuestro tema principal la forma como debe realizarse, es un elemento indispensable que podíamos decir sacramental para la existencia del mismo, pues requiere que se haga en los términos que han quedado mencionados con antelación en el inciso 2.5 (Requisitos del Testamento Público Abierto), de este capítulo.

CAPITULO III

OBLIGACIONES DERIVADAS DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO

3.1 OBLIGACIONES DEL NOTARIO PÚBLICO

Siendo el testamento Público abierto un acto jurídico solemne que para su validez y existencia requiere de la intervención del Notario Público, resulta claro que dicho acto jurídico genera obligaciones al Notario Público que interviene en este acto jurídico, y dentro de las cuales podemos mencionar las siguientes.

3.1.1 IDENTIFICACIÓN DEL TESTADOR

La identificación del testador es una de las primeras obligaciones del Notario Público a efecto de poder atribuir la disposición testamentaria a la persona que realiza el acto jurídico, ello implica que el Notario Público se valga de cualquier medio de prueba que este al alcance del fedatario para concluir la identidad de el testador, dentro de estos medios de prueba se destacan desde luego las identificaciones oficiales como son Pasaporte, Credencial de Elector, Cedula Profesional, etc.

Para el caso de que el testador no tuviera alguno de estos documentos el Notario Público debe identificarlo a través del dicho de testigos que realmente conozcan al testante, incluso en caso de que el Notario Público conozca personalmente al testador es suficiente con que dicho fedatario exprese en la escritura que es su conocido, lo anterior demuestra que también es posible identificar al testador con algunas credenciales de carácter privado, tomando en consideración que dichas credenciales son pruebas preconstituidas, aunque no indubitables de manera absoluta: de la identidad del testador, de su capacidad para testar por razón de edad y de encontrarse el otorgante en su cabal juicio, en el momento en que emita su declaración.

Así el artículo 1504 del Código Civil vigente en el Distrito Federal establece que **“tanto el Notario como los testigos que intervengan en cualquier testamento deberán conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad, y de que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción”**.⁴⁰

Igualmente el artículo 1505 del Código en cita establece **“si la identidad del testador no pudiere ser verificada, se declarara esta circunstancia por el notario o por los testigos, en su caso agregando uno u otros, todas las señales que caractericen la persona de aquel”**.⁴¹

De lo anterior se deduce que la función de los testigos en el testamento no se limita a dar fe de los hechos que acontecen durante el otorgamiento del testamento, sino que tanto ellos como el Notario Público deben emitir su opinión sobre estos tres puntos:

- I) La identidad del testador
- II) Sus facultades mentales,
- III) La libre y espontánea declaración.

Es importante determinar en la disposición testamentaria la identidad personal del testador, con el objeto de evitar el uso indebido del nombre del testador y por lo tanto la suplantación de personas por alguien que pretenda hacerse pasar, como persona viable para disponer de los bienes testamentarios de otra persona, pero si es indispensable que se precisen las circunstancias de identificación del testador, so pena de que el testamento carezca de validez atento a lo dispuesto por el artículo 1506 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

⁴⁰ Código Civil para el Distrito Federal. Edit. GMC.

⁴¹ Ob. Cit.

3.1.2 CERTIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR

Tomando en consideración que el Testamento Público Abierto es un acto jurídico, libre y voluntario se requiere que el Notario Público precise en el instrumento notarial (escritura que contiene el testamento), que el testador goza de la capacidad de ejercicio para realizar el acto jurídico: Testamento Público Abierto, ello implica que debe estar en pleno ejercicio de sus facultades mentales para poder dictar la disposición testamentaria y obligarse en los términos de la misma, no pasa desapercibido hacer notar que si el testador tuviere momentos de amnesia en el acto de testar el Notario Público debe hacerse asesorar de un médico que le permita determinar el estado de conciencia y lucidez, pudiendo haber intervalos al dictar la disposición testamentaria cuando estos no sean prolongados, toda vez que dicho acto jurídico debe ser realizado en forma continua.

Es de hacer notar que muchas veces el testador sufre algún defecto físico o limitación, por ejemplo ceguera, sordera, no sepa escribir, o no conozca el idioma.

En caso de ceguera del testador, el Notario Público deberá leer por primera vez la disposición testamentaria, y asimismo uno de los testigos presentes u otra persona que el testador designe volverá a leerle la disposición testamentaria, con el objeto de que el testador este plenamente seguro del contenido de su testamento.

Cuando el testador padece de sordera, pero que sabe leer y escribir deberá leer personalmente su testamento; y si no supiere o no pudiese hacerlo, el testador designara una persona para que lo lea a su nombre, y en ese supuesto dicha persona firmara el testamento a ruego del testador quien desde luego deberá estar presente al confeccionarse el testamento.

Si el testador no sabe escribir intervendrá otro testigo más que firme a su ruego para firmar la escritura que contenga el testamento.

En rigor la persona que con su firma suscribirá el testamento otorgado por quien no sabe o no puede escribir, comparece en el acto para integrar debidamente el instrumento notarial ejecutando un hecho material por la imposibilidad en que se encuentra el testador en virtud de no poder o no saber firmar, de tal manera que no se trata de un cuarto testigo, sino de una persona que interviene para hacer constar documentalmente, que el testador está de acuerdo en que el texto del instrumento notarial contiene el testamento otorgado y que este tercero firma a ruego del testador por no poder hacerlo el autor, esta firma a ruego del testador también podrá hacerlo alguno de los testigos en caso de urgencia, haciendo ver que el artículo 1514 del Código Civil vigente en el Distrito Federal literalmente establece: **“si el testador no pudiere o no supiere escribir, intervendrá otro testigo mas, que firme a su ruego”**,⁴² lo anterior cobra mayor fuerza a partir de la reforma del siete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro al establecer que ya no es necesaria la presencia de testigos para otorgar el testamento Público abierto y esto es evidente pues el Notario Público tiene la facultad de dar fe y certificar los actos jurídicos que se realicen en su presencia.

Cuando el testador desconoce o ignora el idioma del país, y si puede escribir deberá hacerlo en su idioma, el que desde luego será traducido al español por el intérprete que el propio testador designe, y en consecuencia el intérprete como auxiliar deberá estar presente en el acto de testar. Imponiéndose la obligación al Notario Público de transcribir como testamento en el protocolo la traducción, y el original firmado por el traductor y el intérprete, y asimismo se archivara en el apéndice correspondiente del Notario Público.

En el caso de que el testador extranjero no puede o no sabe escribir, dictara en su idioma el testamento a su intérprete, y traducido este el Notario Público actuara de acuerdo en lo establecido en el párrafo anterior.

⁴² Ob. Cit.

3.1.3 DAR FORMA Y FE DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

La forma que debe llevar el testamento se precisa en las solemnidades que el artículo 1512 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, requiere.

Toda vez que el acto jurídico se origina en el testador, el Notario Público tiene la obligación de escuchar la voluntad clara y terminante que el testador le dicte, corresponde por tanto al Notario Público redactar por escrito el testamento, debiendo darle forma a la escritura respectiva, precisando las cláusulas, y las leerá en voz alta para que el testador manifieste si esta de acuerdo, y si lo estuviere firmaran todos el instrumento notarial, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiese sido otorgado; de lo anterior se concluye como obligaciones del Notario Público:

- A) Escuchar al testador.
- B) Escribir la voluntad del testador y darle forma bajo un clausulado.
- C) Leerle al testador el instrumento notarial en el que aparezca una fiel reproducción de lo dictado por el testador.
- D) Estar presente en la firma tanto del testador como de las personas que intervienen en el acto de realización del acto jurídico: otorgamiento de testamento.
- E) Precisar el momento y lugar, es decir año, mes, día y hora en que se otorgo.
- F) El Notario Público debe dar fe de todas y cada una de las circunstancias que se presentaron al otorgar el testamento, incluso la certificación cuando algún testigo no supiere escribir

- G) La certificación de que el testamento se otorgo en un solo acto y de que se llenaron todas las formalidades exigidas por la Ley enumerándolas.

Respecto a la última formalidad que se menciona Manuel Mateos Alarcón dice: **“que no debe entenderse esta exigencia de la Ley en términos estrictos y rigurosos, pues lo que esta quiere es que no se interrumpa la confección del testamento para otorgar otro o una escritura de compraventa, etc.; pero no impide que se suspenda aquella algunos instantes para satisfacer una necesidad urgente, por ejemplo suministrar una medicina al testador que se haya enfermo, o para darle un poco de reposo”**.⁴³

En igual sentido se pronuncia la Ley de las siete partidas refiriéndose a la unidad del acto necesaria para la validez del testamento diciendo: **“*Fueras ende, silo ouïessen (los testadores) a fazer por cosa que non pudiesen escusar, así como si el dolor de la enfermedad los cuytase en aquella sazón; si ouïessen entonce grand menester de comer o de beber, o de venir a fazer otra cosa, que naturalmente no pudiesen escusar. Ca por cualquier destas razones, bien podría el fazedor del testamento partir mano de lo que había comenzado, fasta que aquel embargo pasase e de si tornarlo acabar*”**.⁴⁴

De lo anterior se concluye que si bien es cierto que el testamento debe ser en un solo acto, también es permisible que en dicho acto se permitan interrupciones, tal sería el caso de una persona que en el momento de testar sufriese amnesia, o perdida de la conciencia, dando cabida a la presencia de un galeno que estando presente en el momento de testar certifique los momentos de la amnesia o de la inconciencia sufrida por el testador, considerando que el espíritu de la Ley es evitar la interrupción del acto testamentario para introducir cláusulas que no fueran dictadas por el testador.

⁴³ MATEOS Alarcón, Manuel. Estudio sobre el Código Civil del Distrito Federal Tomo IV. Edit. Tipografía y Litografía la Europea de J. Aguilar Vera y Compañía. Pág. 312.

⁴⁴ Las Siete Partidas del Sabio. Partida IV. Título Primero. Ley Tercera. Edit. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pág. 6.

3.1.4 PROTOCOLIZACIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA RESPECTIVA

Esta obligación del Notario Público estriba en que la escritura publica que contenga el testamento debe glosarse, o en su defecto transcribirse en el libro de protocolizaciones que para tal efecto se lleva en las Notarias Publicas respectivas, libro en el cual tanto el testador como las personas que intervinieron en el testamento deben constar sus firmas al igual que la del Notario Público certificando los datos contenidos en dicha escritura, es de hacer notar que el protocolo respectivo hace veces de matriz y por tanto de dicha matriz pueden certificarse los testimonios que se llegasen a requerir.

3.1.5 DAR AVISO DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO AL ARCHIVO GENERAL DE NOTARIAS

Para que el acto jurídico testamento produzca todos sus efectos ante los interesados y terceras personas se ha establecido como obligación de los Notarios Públicos en el Testamento Público Abierto dar aviso al Archivo General de Notarias, de que una persona cualquiera que sea ha otorgado testamento, y esto con la finalidad de que tal disposición testamentaria surta efectos contra terceros, la obligación que aquí se comenta incluye la obligación de que el Notario Público debe informar al Archivo General de Notarias el nombre del testador, sus generales y principalmente fecha de nacimiento y domicilio para que sin lugar a dudas quede plenamente identificada la persona testadora.

3.1.6 ENTREGA DEL TESTIMONIO AL TESTADOR Y CONSERVACIÓN DEL PROTOCOLO

Dada la naturaleza del acto jurídico realizado que es el Testamento Público Abierto, el Notario Público esta obligado a entregar el testimonio de la escritura que contenga el Testamento Público Abierto al testador y a quien represente legalmente

los derechos de este, pues siendo abierto el testamento, no esta prohibido por la Ley que personas extrañas al testador se enteren del contenido del mismo, mas aun que el mismo testador tiene la facultad de cambiar o modificar su disposición testamentaria tantas veces cuantas lo desee.

Para efectos de evitar perdida, extravió o substracción del testimonio que contenga la disposición testamentaria, tanto la Ley del Notariado en su artículo 76, como el Código Civil vigente en el Distrito Federal establece la obligación de los Notarios de conservar en su poder los protocolos (libros) que contengan los actos jurídicos realizados ante la presencia del Notario Público por un periodo de uno a cinco años, y con posterioridad enviar dichos libros al Archivo General de Notarias.

Del concepto de Testamento Público Abierto se concluye que es un acto jurídico solemne, en tal virtud las obligaciones precisadas a los Notarios constituyen una causal de nulidad o inexistencia, así el artículo 1491 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, dispone que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la Ley. No dice de que nulidad se trata, sin embargo recurriendo al capitulo de nulidades nos encontramos que, por regla general, la inobservancia de la forma produce la nulidad relativa del acto jurídico; en los contratos se admite la confirmación y ratificación del acto, en los casos en que no se observe la forma legal, sin embargo en materia de testamentos no puede haber confirmación por su propia naturaleza, no obstante la Ley de Asistencia Privada en su artículo 11 dispone **“que nunca se declarara nula una disposición testamentaria hecha a favor de la asistencia privada por defectos de forma, de modo que en todo caso se obedezca la voluntad del testador”**.⁴⁵

Fuera del caso que prevé el artículo en comento, considero que el testamento en que no se ha observado la forma es jurídicamente inexistente, incluso así parece confirmarlo el maestro Rafael Rojina Villegas.

⁴⁵ Diario Oficial de la Federación, 2 de enero de 1943.

El acto jurídico es solemne cuando la Ley prescribe cierta formalidad, bajo pena de inexistencia del contrato, es decir, la forma da la existencia al acto jurídico y en el presente caso el legislador, según el artículo 1491 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, ha querido ver que se otorgue el acto redactándolo de mayor importancia, para hacer más difícil la supresión o suposición del mismo, por tanto la nulidad de que habla el precepto es una nulidad absoluta, esto es inexistencia del propio acto jurídico.

3.2 OBLIGACIONES DEL ARCHIVO GENERAL DE NOTARIAS

Según el Diccionario Jurídico: **“El Archivo General de Notarías es una institución que en nuestro derecho positivo depende del Registro Público de la Propiedad y está formado por:**

- a) Los documentos que los notarios remiten a éste.**
- b) Los protocolos cerrados y sus anexos.**
- c) Los sellos de los notarios que deban depositarse o inutilizarse.**
- d) Los expedientes manuscritos, libros y demás documentos entregados a su custodia, o que sean utilizados para la prestación del servicio”.**⁴⁶

Siendo en la actualidad una dependencia administrada y conservada por la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Gobierno del Distrito Federal, según lo estipula el dictamen No. 134/2001, emitido por la Oficialía Mayor el 29 de diciembre del año 2000, y el artículo 236 de la Ley del Notariado del Distrito Federal.

⁴⁶ Diccionario Jurídico 2000. Copyright Desarrollo Jurídico.

Del concepto anterior se desprende que el Archivo General de Notarias tiene efectos publicitarios para garantizar los derechos de el testador contra terceras personas, en tal virtud dicho Archivo General de Notarias debería expedir copias de testimonios de las escrituras respectivas a las personas que lo solicitasen al igual que el Registro Público de la Propiedad y del comercio, del cual depende; asimismo tiene la obligación de conservar los protocolos respectivos.

3.2.1 REGISTRO Y CONSERVACIÓN DEL INFORME RENDIDO POR EL NOTARIO

Bajo este rubro se precisa y complementa la obligación del Notario Público de informar que una persona determinada otorgo Testamento Público Abierto con todos los datos que requiere la identificación de la persona testadora y del lugar y fecha, incluso Notario Público que confecciono el Testamento Público Abierto, archivo que debe mantenerse actualizado.

Se hace notar que por exceso de trabajo, falta de orden y de organización estos archivos no se encuentran actualizados, pues es frecuente observar en el trámite de diversos juicios sucesorios testamentarios, que los interesados a sus escritos de denuncia acompañan testimonio de la disposición testamentaria, y sin embargo los informes que rinde el Archivo General de Notarias, demuestra que el de cujus no otorgó Testamento Público Abierto, o en su defecto se dan informes de un testamento anterior.

Ante estas situaciones me permito sugerir que para el exacto cumplimiento de la obligación que se comenta se actualice la Ley de la materia, en la que se autorice el uso de la tecnología moderna que puede permitimos evitar situaciones anómalas, y que en el capítulo de conclusiones se señalan como posibles reformas.

3.2.2 RENDICIÓN DE INFORME SOBRE LA EXISTENCIA DEL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO, AL JUEZ

En el trámite procesal de los juicios sucesorios se establece como requisito indispensable que los jueces requieran al Archivo General de Notarias información sobre el posible otorgamiento de la última disposición testamentaria del de cujus, con el objeto de salvaguardar los derechos del autor de la sucesión relativos a la disposición de sus bienes, para lo cual el Archivo General de Notarias tiene la obligación de proporcionar dichos informes, con la veracidad que el caso requiera, y desde luego tomando en cuenta los informes que hubiese recibido del Notario Público ante quien se otorgo la disposición testamentaria.

El cumplimiento de esta obligación es determinante en los juicios sucesorios, pues ello da origen a la aceptación de la disposición testamentaria, o en su caso, a la impugnación de la misma, y una tercera situación sería que se privara de sus derechos a un heredero o legatario, por información falsa o equivocada teniendo que recurrir en última instancia a un juicio de sucesión legítima intestamentario, haciendo nugatorias las disposiciones de los ordenamientos legales que regulan el Testamento Público Abierto y la tramitación de la herencia nacida de la disposición testamentaria.

También aquí se hace notar que la forma de cumplir esta obligación por parte del Archivo General de Notarias en algunos casos es deficiente y en consecuencia requiere mejor reglamentación.

3.2.3 EXPEDICIÓN DE LA COPIA CERTIFICADA DE LA ESCRITURA PÚBLICA QUE CONTIENE EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO.

Es obligación del Archivo General de Notarías expedir copia certificada, o testimonio de la escritura pública que contiene el Testamento Público Abierto del de cujus, tanto al testador como a los herederos o legatarios y al Juez ante el cual se haya radicado el juicio sucesorio testamentario.

Propongo en este estudio que también puedan expedirse copia a terceras personas que la solicitasen, desde luego cubriendo los derechos requeridos con el objeto de estar en posibilidad de hacer la denuncia del juicio sucesorio respectivo dentro de los plazos concedidos en el Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal, tomando en consideración que muchos interesados no lo hacen en tiempo oportuno, propiciando que la masa hereditaria se dilapide o se extinga, incluso existan situaciones irregulares en la titularidad de los bienes, en perjuicio del fisco y de terceras personas, como sería la Secretaría de Salud, antes Secretaría de Salubridad y Asistencia Pública, o interesados en impugnar de nula la disposición testamentaria.

El hecho de que no se les expida copia certificada de dicha escritura, contradice la función pública que tiene el Archivo General de Notarías por ser institución dependiente del Registro Público de la Propiedad y del Comercio, quien si expide copia certificada de los folios e inscripciones a cualquier persona que lo solicite.

Es de hacer notar que en México conforme al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la impartición de justicia debe ser gratuita pronta y expedita, en tal virtud las copias certificadas que de la disposición testamentaria expida el Archivo General de Notarías a los Jueces, herederos y legatarios deberían ser gratuitas, cosa que no sucede y en

tal virtud el requisito de pago de derechos por la expedición de la copia certificada o testimonio, obstaculiza el trámite del juicio sucesorio testamentario, lo hace oneroso, y las propias autoridades fiscales también se privan de obtener ingresos derivados de la transmisión de propiedad por disposiciones testamentarias, las circunstancias mencionadas reclaman que se aplique en sus términos el artículo 17 Constitucional, y que con base en el mismo se modifiquen y actualicen las leyes reglamentarias relativas a pagos de impuestos y derechos en cuestiones de trámites sucesorios testamentarios.

3.3 OBLIGACIONES DEL TENEDOR DEL TESTAMENTO

Del estudio y desarrollo que vengo realizando, incluso de la forma de ser de varias personas que desconfían de sus herederos o legatarios, es frecuente encontrar que la disposición testamentaria no se encuentre en poder de las mismas, buscando a alguien de su confianza para que guarde el testimonio o copia certificada de la escritura que contenga la disposición testamentaria, situación que nos induce a estudiar la figura del tenedor del testamento.

Nuestra legislación se abstiene de tratar este punto bajo el rubro tenedor del testamento, sin embargo, según los puntos tratados en el desarrollo de esta tesis, se han determinado diversos momentos de poseer, o tener la disposición testamentaria y ello implica que en algunos casos si esta regulada la detentación del testamento, con las obligaciones que el caso requiere para el momento en que la dependencia, institución, o persona tenga el testamento bajo su poder o custodia, así el artículo 1508 del Código Civil vigente en el Distrito Federal dice: **“el notario que hubiere autorizado el testamento, debe dar aviso a los interesados luego que sepa la muerte del testador. Si no lo hace es responsable de los daños y perjuicios que la dilación ocasione”**.⁴⁷

⁴⁷Código Civil para el Distrito Federal. Edit. GMG.

El artículo citado puede ser eficaz y práctico en ciudades de escaso número de habitantes en la que los vecinos – entre ellos el Notario Público - tienen noticia de la muerte de los habitantes del poblado o de los más conocidos en la localidad, pero carece de efectividad y positividad en una zona densamente poblada, pongamos por ejemplo en la zona metropolitana, el Notario Público que autorizó un testamento podría difícilmente enterarse de la muerte de algunos de sus clientes que acudió a otorgar testamento ante él, años atrás. La dificultad sube de grado si se trata de poner en conocimiento de los herederos y legatarios el deseo del autor de la herencia, más aun que la obligación está sujeta a condición: luego que sepa la muerte del testador. Este precepto es un claro ejemplo de una Ley vigente que carece de positividad y que reclama a todas luces una reforma.

Continuando con lo establecido por el Código Civil vigente en el Distrito Federal en relación a este punto que se desarrolla su artículo 1509 dice: **“lo dispuesto en el artículo que precede se observara también por cualquiera que tenga en su poder un testamento”**.⁴⁸

Este artículo pretende regular la obligación del tenedor del testamento, pero desafortunadamente es obsoleta e imposible de cumplir atentos los comentarios precisados al artículo 1508 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, mas aun imposible de cumplirse en caso de testamentos cerrados y/o privados en los que dichos testamentos son redactados por escrito y entregados para su depósito en sobres cerrados, y aunque el artículo 1510 del Código Civil vigente en el Distrito Federal sustituye la obligación de avisar en lugar de los interesados al Juez, también esto resulta inaplicable dada la poca conciencia cívica y conocimiento de las cuestiones jurídicas en nuestro medio social, en que muchas veces ni los estudiosos del derecho tenemos conocimiento de estas obligaciones, por lo que ante los

⁴⁸Ob. Cit.

supuestos en que deben cumplirse los preceptos legales invocados, y la manera de ser de las personas que deben cumplir la Ley citada, se hace urgente la reforma a los ordenamientos legales que regulan la materia, y en especial al Código Civil vigente en el Distrito Federal, por lo que desde ahora menciono un señalamiento en el capítulo de conclusiones.

Aclaro que el Notario Público como tenedor de la disposición testamentaria cumple las obligaciones bajo este carácter al entregar la copia del testimonio al testador, al rendir el informe al Archivo General de Notarias y al protocolizar la disposición testamentaria, cuyo protocolo deberá ser resguardado por el propio Notario Público en un periodo de uno a cinco años, y por el Archivo General de Notarias en forma indefinida.

El Archivo General de Notarias como tenedor de la disposición testamentaria, cumple cuando rinde el informe al Juez de lo Civil o Familiar que le requiera dicha información, y en su caso cuando expide la copia certificada a requerimiento del Juez o del interesado, sin que en su carácter de tenedor pueda en algún momento cumplir con dicha obligación como lo determinan los artículos comentados, pues ninguno de los funcionarios del Archivo General de Notarias se entera del contenido de los protocolos que almacena en su archivo.

Los testigos y auxiliares que estuvieron presentes en el otorgamiento de la disposición testamentaria, tienen la obligación de dar el aviso a los herederos y legatarios, o en su caso al Juez competente después de acaecida la defunción del testador, sin embargo nunca lo hacen en forma oficial, a veces por comentarios y en la mayoría de los casos no lo hacen, por evitar problemas, porque nunca se enteran del fallecimiento del testador, o porque con posterioridad no conocen el domicilio de los interesados.

El tenedor de un testamento que lo posee porque el testador se lo ha confiado en guarda y custodia, debe informarlo al albacea, herederos y/o legatarios para que estos oportunamente tramiten el juicio sucesorio testamentario, sin embargo, no pocas veces se abstienen de hacerlo.

En el supuesto de que una persona es tenedor de un testamento, por hallazgo tiene la obligación de entregar dichos documentos a los interesados o constituir el depósito de los mismos ante la autoridad competente, sin embargo dichas acciones no se realizan debido a la falta de interés de el tenedor o falta de conciencia cívica y ciudadana, sin pasar por alto el hecho de que algunos tenedores, teniendo interés contrario a la disposición testamentaria pretenden ejercitar derechos o acciones contrarios a dicha disposición.

Ante las diferentes hipótesis narradas se justifica una legislación actualizada que evitando estas anomalías garantice el estricto cumplimiento de la disposición testamentaria como posteriormente se planteara en el capítulo de conclusiones.

3.4 OBLIGACIONES DEL ALBACEA

Los albaceas llamados también cabezaleros, testamentarios o ejecutores, son las personas designadas por el testador para asegurar la ejecución y el cumplimiento de lo mandado por él.

El albacea es también un representante de la comunidad hereditaria, ello implica que dentro del nombramiento de albacea hay implícito un contrato de mandato.

Es de hacer notar que el testador tiene la facultad de nombrar un albacea, por el temor que existe de que los herederos sean negligentes o parciales, y en este supuesto debemos hacer hincapié en que el albacea testamentario es una persona de confianza de el testador, quien además debe tener las características de honradez y respeto tanto para el testador como para los herederos y legatarios, de aquí surge que el albacea tenga obligaciones éticas, morales y jurídicas al llevar acabo el desempeño de la voluntad testamentaria.

Por lo que respecta al estudio que se realiza me aboco a las obligaciones de índole jurídica por razones obvias, así trato las siguientes:

3.4.1 DENUNCIA O RADICACIÓN DEL JUICIO SUCESORIO

La apertura de la sucesión tiene lugar cuando muere el autor o cuando se ha declarado presuntamente muerto, es entonces cuando la voluntad del testador cobra efectos jurídicos, y el patrimonio se trasmite a otras personas, para dar continuidad a las relaciones patrimoniales según lo señala el maestro Rafael Rojina Villegas en la pagina 213 del Derecho Civil Mexicano, editorial Porrúa 1981.

La muerte del autor de la sucesión es un hecho jurídico de importancia fundamental, toda vez que constituye el supuesto jurídico condicionante para la transmisión de la herencia, de tal manera que el momento de la muerte sirve para determinar la apertura de la sucesión y para retrotraer a él todos los efectos jurídicos que se produzcan aun cuando la radicación o la denuncia no se hayan realizado todavía.

Los derechos de propiedad y posesión que constituyen los bienes de la masa hereditaria se adquieren desde la muerte del autor de la sucesión, de aquí la necesidad de precisar el instante de la muerte como nos lo demuestra el caso en que el autor de la sucesión perece en un accidente con sus presuntos herederos, porque

entonces solamente heredaran si murieron después del autor, y no tendrán derecho a heredar si murieron antes o en el mismo momento que el, pues en tal situación la transmisión de la propiedad de los bienes patrimoniales tomaría una situación jurídica distinta.

Atento lo anterior el artículo 1651 del Código Civil vigente en el Distrito Federal le impone la obligación de reclamar la totalidad de los bienes de la herencia, por ser el representante legal de los herederos y de los legatarios, y si bien es cierto que el Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal faculta a cualquier persona, heredero o legatario para hacer la denuncia del juicio sucesorio, también es cierto que siendo el albacea el representante legal de la masa hereditaria y la persona de confianza de el testador, en el recae primeramente la obligación de hacer la denuncia o radicación del juicio, anexando o exhibiendo el testamento y el acta de defunción del de cujus a efecto de que se radique el juicio sucesorio.

No pasa desapercibido mencionar que en muchos casos los albaceas no tienen conocimiento de haber sido instituidos como tales en la disposición testamentaria, esto da origen a que los herederos tengan derecho a hacer la denuncia del juicio sucesorio, así como al Agente del Ministerio Público que representar a la sociedad, y que como tal esta tiene derecho a que los patrimonios tengan un titular definido.

3.4.2 ACEPTACIÓN O RECHAZO Y PROTESTA DEL CARGO DE ALBACEA

Dentro de esta obligación podemos distinguir tres etapas:

- A) La aceptación,
- B) La protesta
- C) El discernimiento.

En párrafos anteriores hice notar que en la disposición testamentaria se encuentra implícito un contrato de mandato, que se perfeccionara una vez acaecida la muerte del de cujus mediante la aceptación expresa o tacita del albacea. La aceptación es tacita cuando el albacea sabedor de su nombramiento promueve el juicio sucesorio con tal carácter, o realiza actos que hagan concluir que ha aceptado el nombramiento de albacea y es expresa cuando así lo ha manifestado ante el juzgado que conoce del juicio sucesorio dentro del plazo de tres días según lo ordena el artículo 781 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal, pero en todo caso se requiere de la aceptación del nombramiento de albacea, toda vez que este es voluntario, así el artículo 1695 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece que el cargo de albacea es voluntario; pero el que lo acepte, se constituye en la obligación de desempeñarlo. Atento lo ordenado en este precepto podría concluirse que las obligaciones del albacea surgen a partir de que ha aceptado el cargo, no obstante tomando en consideración que el testador tiene facultad para designar albacea, y de que este cargo se funda en la fiducia y confianza de que el nombrado cumplirá con la voluntad del testador, resulta que desde el punto ético el albacea tiene la obligación moral de hacer la denuncia del juicio sucesorio, lo anterior cobra mayor fuerza cuando el propio testador le ha entregado en deposito el testimonio notarial que contiene el Testamento Público Abierto, configurándose desde ese momento la obligación de dar aviso de la existencia del testamento, como se ha señalado al hablar de la figura del tenedor del Testamento Público Abierto.

La protesta del cargo de albacea, es el compromiso que tiene el albacea de cumplir fiel y legalmente la voluntad del testador con el objeto de garantizar el manejo de los bienes que constituyen la masa hereditaria conforme a los artículos 1708 y 1709 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Dicha protesta debe hacerse ante el Juez que conoce del trámite sucesorio, sin embargo por lo que respecta al trámite sucesorio notarial la Ley es omisa y en tal virtud debe sujetarse a lo dispuesto por el artículo 1695 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, que dice **“el cargo de albacea es voluntario, pero el que lo, acepte, se constituye en la obligación de desempeñarlo”**.⁴⁹

El discernimiento del cargo de albacea es el acto jurídico por el que el Juez inviste al albacea para ejercitar las facultades que la Ley le impone, en consecuencia el discernimiento del cargo de albacea no es mas que una formalidad prevista en la Ley para ejercitar el cargo de albacea, pero las facultades del albacea nacen independientemente del discernimiento a virtud de que la doctrina jurídica a sostenido que la voluntad de las partes es la suprema Ley de los contratos, actualizando así lo previsto en el artículo 1695 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Merece especial atención el criterio sostenido por los Tribunales Colegiados de Circuito en la Jurisprudencia:

“ALBACEA, EFECTOS DE LA FALTA DE ACEPTACIÓN Y DISCERNIMIENTO DEL CARGO DE.

La circunstancia de que se haya designado albacea a determinada persona, sin que exista actuación alguna en donde aparezca que haya aceptado el cargo conferido, ni que lo protestara fielmente, motiva a considerar que activamente no se está legitimado para ejercitar las acciones o deducir excepciones que pudieran surgir con la muerte del autor de la sucesión, ya que es menester la aceptación, discernimiento del cargo de albaceazgo, para que se tenga por acreditada debidamente la personalidad y así comparecer a juicio.

⁴⁹ Ibidem.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 280/89. Rosalinda Galaviz Ancira. 8 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Hilario Zarazúa Galdeano.

Amparo directo 3/92. Martha Rodríguez Loera. 2 de diciembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Cerdán Lira. Secretaria: Ninfa María Garza Villarreal de Iagaña.

Amparo directo 486/92. Ramiro Soto de la Cruz. 17 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Hilario Zarazúa Galdeano.

Amparo en revisión 139/93. Darío Muñiz Lara. (Recurrente: María Parra Sánchez). 25 de agosto de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Cerdán Lira. Secretario: Leonardo Monciváis Zamarripa.

Amparo en revisión 28/96. Angélica Tamez Leal viuda de Morales, albacea en el juicio sucesorio de Guillermo Hermilo Morales Alanís. (Recurrente: Macario Ángel Reyes). 20 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Barajas Plasencia. Secretario: Carlos Hugo de León Rodríguez”.⁵⁰

⁵⁰ Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Marzo de 1996. Tesis IV.3º. J/22. Pag. 697.

Mediante el cual algunos juristas pretenden hacer valer que para que el albacea pueda ejercer su cargo requiere el discernimiento del cargo de albacea, sin embargo del análisis acucioso de dicho criterio jurisprudencial, se aprecia que el discernimiento es para que se tenga por acreditada debidamente la personalidad y así comparecer a juicio, esto es para acreditar la personalidad, mas no porque el albacea no tenga la obligación de desempeñar el cargo, interpretación que reforzamos con diferentes tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visibles en el Semanario Judicial de la Federación:

“ALBACEAS. DISCERNIMIENTO DE SU CARGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUÍS POTOSÍ).

Los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de San Luis Potosí no exigen más requisitos para que el albacea entre en funciones con todos sus derechos y obligaciones inherentes al cargo, que el de la aceptación del mismo, por lo que al producirse ésta, ipso jure, se produjo el discernimiento de tal cargo, ya que la legislación aplicable no estatuye que para que ese discernimiento se produzca, sea menester una declaración solemne del Juez.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 349/2001. Rubén Zavala Sosa. 14 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: F. Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Artemio Zavala Córdoba”.⁵¹

⁵¹ Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV, Octubre de 2001. Tesis IX. 1º. 56 C. Pág. 1076

Por otro lado debe tenerse en cuenta que la sociedad esta interesada en la representación legal de las sucesiones, y que dicha representación no solo es para defender la masa hereditaria en juicios, sino los intereses vinculados a la sucesión dentro o fuera de un procedimiento judicial, ya que la sucesión testamentaria también puede tramitarse ante Notario Público, y así innumerables tratadistas sobre materia sucesoria afirman que el albacea testamentario tiene todas las facultades que le fije el testador, y dentro de ellas esta la de representar la masa hereditaria con la única limitación de las prohibidas expresamente por la Ley, en consecuencia afirmamos que el discernimiento del cargo de albacea, no es necesario para que esté tenga las facultades para el desempeño de su cargo, mas aun que es un acto jurídico realizado por el juzgador, y que dicho discernimiento solo tiene efectos para acreditar personalidad, quedando relegado exclusivamente a un medio de prueba, que no es el único.

3.4.3 GARANTIZAR EL MANEJO DEL CARGO

Dada la importancia del cargo que el albacea asume, es forzosa la garantía de su manejo por medio de fianza, hipoteca o prenda, según elija.

El artículo 1708 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, expresamente estatuye esta obligación al decir: **“el albacea esta obligado, dentro de los tres meses, contados desde que acepte su nombramiento a garantizar su manejo, confianza, hipoteca o prenda a su elección conforme a las bases siguientes:**

- I. **Por el importe de la renta de los bienes raíces en el último año y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;**

- II. **Por el valor de los bienes muebles;**

- III. **Por el de los productos de las fincas rusticas en un año, calculados por peritos o por el termino medio de un quinquenio a elección del Juez;**

- IV. **En las negociaciones mercantiles e industriales por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculados por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos”.**⁵²

El precepto citado concede el cumplimiento de esta obligación al albacea en forma disyuntiva respecto a la caución que debe exhibir pero en cualquier forma debe sujetarse a las bases establecidas, o montos en él para garantizar debidamente el interés de los herederos.

Las bases que este artículo establece son acumulativas y responden a la naturaleza y valor de los bienes objeto de la transmisión. El otorgamiento de la garantía debe hacerse precisamente ante el Juez del conocimiento y desde luego con la aceptación y conformidad de los coherederos y la debida autorización del Juez que conozca el trámite sucesorio.

En la practica, los interesados deberán aceptar la constitución de la garantía por un monto aproximado, que si bien es cierto no responde estrictamente a lo dispuesto y prevenido en estas cuatro fracciones, supone, no obstante un margen razonable de seguridad conforme al conjunto de circunstancias del caso. Se infiere que para ello deben concluirse el inventario y avaluó de los bienes de la herencia, dentro de un termino de sesenta días según lo disponen los artículos 1712 del Código Civil vigente en el Distrito Federal y 816 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal; en efecto, la formación previa del inventario es la base

⁵² Código Civil para el Distrito Federal. Edit. GMG.

para la constitución de la garantía requerida por el precepto legal en cita. El Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal concede un plazo de sesenta días para formar inventario y avaluos, y el artículo 1708 del Código Civil vigente en el Distrito Federal establece un plazo de noventa días para garantizar su manejo.

Ambos plazos parecen excesivos y ello contribuye a prolongar un juicio cuyo trámite de suyo resulta largo, tal vez fuese mejor reducir el plazo y conceder, para plazos excepcionales una prórroga especial.

En el caso de la prórroga especial consideramos el grado de dificultad que el calculo del importe de la garantía se hará en relación con la suma de las bases establecidas en las cuatro fracciones del artículo 1708, porque el inventario puede comprender al mismo tiempo bienes raíces que produzcan renta, inmuebles, fincas rusticas y negociaciones mercantiles o industriales, que desde luego requerirán mas tiempo, y en tales casos tal vez los noventa días no sean suficientes, pues la practica jurídica nos demuestra que los inventarios y avaluos rebasan el plazo de sesenta días previsto en el artículo 816 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal.

Una excepción a la obligación de presentar la garantía consignada en el artículo 1708 comentado se encuentra establecida en el artículo 1709 Código Civil vigente en el Distrito Federal que releva de su otorgamiento al albacea cuando es coheredero; ello obedece en primer lugar a que la porción hereditaria puede garantizar la responsabilidad del albacea en la administración de la herencia y, en segundo lugar la Ley toma en cuenta que el albacea tiene interés común con los demás herederos en la administración de los bienes hereditarios, pero para el caso de que el albacea renunciara a sus derechos hereditarios y decida continuar en el cargo de albacea, estará obligado a la constitución de la garantía en los términos consignados en el artículo 1708 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Considerando que el albacea testamentario goza de la confianza del testador al nombrarlo como tal, es posible que los herederos también dispensen dicha confianza a el albacea, y en este caso los propios herederos pueden dispensar el otorgamiento de caución al albacea en el manejo de su cargo, facultad que corresponde a estos por ser los titulares de los derechos a la masa hereditaria, caso específico fuera del cual el albacea deberá caucionar el manejo del albaceazgo

3.4.4 REPRESENTACIÓN DE LA SUCESIÓN DENTRO Y FUERA DEL JUICIO

El Poder Judicial ha sostenido el criterio de defender la masa hereditaria tanto dentro como fuera del juicio, así en los anales de jurisprudencia se lee el siguiente criterio:

“ALBACEAS, FACULTADES DE LOS, LEGITIMACIÓN

El albacea puede deducir todas las acciones que pertenecieron al autor de la sucesión y tiene la facultad de defender en juicio y fuera de el así la herencia como la validez del testamento y conforme a derecho, estos actos son obligatorios para él... Es pues bien claro que la defensa de la herencia corresponde al albacea, por lo cual es evidente que el ejercicio de los recurso correspondientes, inclusive el juicio de garantías, es atribución propia del albacea”.⁵³

Y al respecto el tratadista Manuel Alarcón comentando el artículo 3076 del Código Civil de 1870, que contiene disposición similar a la del artículo 1705 del Código Civil vigente en el Distrito Federal se pronuncia en el mismo sentido diciendo que el albacea puede deducir todas las acciones que pertenezcan al autor de la herencia y que no se hayan extinguido por su muerte...⁵⁴

⁵³ Índice general 1980, Anales de Jurisprudencia, Tomo 155, Pág. 11.

⁵⁴ Lecciones de Derecho Civil, México 1900, Tomo VI. Pág. 280.

Lo anterior es evidente, pues siendo el patrimonio el conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero, de una persona, es lógico considerar que el albacea tiene la obligación de cuidar y proteger el patrimonio de el de cujus representado por la masa hereditaria, lo anterior cobra mayor fuerza cuando el artículo 1706 fracción II del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece como obligación del albacea el aseguramiento de los bienes de la herencia, sin precisar si es dentro del juicio o fuera de él.

Por su parte el catedrático Antonio de Ibarrola en su tratado de cosas y sucesiones, numero 1293 inciso D enunciando las principales obligaciones que tiene el albacea, en el subinciso i) establece la de representar la sucesión de todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieron contra de ella, y al respecto menciona la interesante discusión surgida entre la Suprema Corte de Justicia y el profesor Eduardo Pallares que por vía de ilustración transcribo: "la Corte ha exagerado inclusive el recurso de garantías, el amparo, ejercitarlo es propio del albacea no de los herederos: ninguna disposición autoriza a los herederos a hacer gestión alguna judicial o extrajudicial en defensa de los bienes de la herencia". Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1955. Volumen II Página 162. el jurista Eduardo Pallares objeto esta jurisprudencia basándose en el artículo 28 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal que dice: **"en las acciones mancomunadas por título de herencia, o legado, se han reales o personales, se observaran las reglas siguientes:**

- I. **Si no se ha nombrado interventor o albacea, puede ejercitarlas cualquiera de los herederos o legatarios;**
- II. **Si se ha nombrado interventor o albacea solo a estos compete la facultad de deducirlas en juicio, y solo podrán hacerlo los herederos o legatarios cuando, requeridos por ellos el albacea o el interventor se rehúsen a hacerlo.**

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Sigue razonando el licenciado Pallares: igualmente es falso que la Ley prohíba a los herederos realizar gestiones extrajudiciales en defensa de los bienes de la herencia, de los que son copropietarios. La afirmación tan radical de la Corte contiene una prohibición que implica formular una Ley. Ahora bien, la corte no puede legislar sin violar el principio de la separación de poderes, y por ello consideramos con Pallares que lo resultado en las ejecutorías carece de base legal. Salta a la vista que la legitimación activa en el juicio de amparo no debe determinarse con fundamento en una Ley del orden común, sino de acuerdo con la constitución de la Republica y con la Ley de amparo. El artículo 107, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice que: “el juicio de amparo se seguirá siempre ha instancia de parte agraviada...”, y siendo los herederos titulares de la masa de los bienes que forman la herencia, es absurdo negarles el juicio de amparo, pues cualquier disposición que contrarié el artículo 107 resulta carente de eficacia jurídica y no debe ser obedecida por ser contraria a la Constitución.”⁵⁵

Los criterios sustentados por el profesor Eduardo Pallares, cobran mayor fuerza jurídica si consideramos que el albacea ejerce las funciones por virtud del contrato de mandato, que se perfecciona al aceptar el nombramiento de albacea, quedando este mandato como un general para pleitos y cobranzas, actos de administración y dominio limitado en su ejercicio a la protección y conservación de la masa hereditaria, no así un poder para actos de dominio en virtud de las limitaciones que tiene para enajenar bienes sin el consentimiento de los herederos; de tal manera que el albacea también tiene facultades para defender la masa hereditaria fuera de juicio, sin ser prerrogativa exclusiva de él como ha quedado determinado al comentar el artículo 28 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal.

⁵⁵ DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. Edit. Porrúa. México 1986. Pág. 880, 881.

3.4.5 INVENTARIADO, VALUACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LOS BIENES DE LA SUCESIÓN.

La formación de inventarios también constituye una de las obligaciones esenciales de el albacea, pues de ella se van a determinar subsecuentes obligaciones, y el albacea no podría dar cumplimiento a la obligación estudiada en el inciso anterior de esta tesis, si no es mediante el inventario de los bienes que constituyen la masa hereditaria, obligación que el artículo 1706 fracción III del Código Civil vigente en el Distrito Federal impone, y que se complementa con lo ordenado por el artículo 816 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal, así dice que dentro de diez días de haber aceptado su cargo, el albacea debe proceder a la formación de inventarios y avaluos, dando aviso al juzgado, y dentro de los sesenta días de la misma fecha deberá presentarlos.

En base a que los herederos reconocidos en el testamento, declarado válido, son los titulares de los derechos hereditarios, tienen facultad para asistir a la formación de inventarios y avaluos designando un perito valuador y sino lo hicieron el Juez lo designara, de tal manera que al realizarse el inventario y avaluó, en forma simultanea en día determinado el propio albacea, o un escribano en día y hora señalado con la presencia de los herederos que asistan hará la descripción de los bienes que pertenecen a la masa hereditaria con toda precisión y bajo el siguiente orden:

1. Dinero
2. Alhajas
3. Efectos de comercio o industria.
4. Semovientes,
5. Frutos,
6. Muebles,
7. Bienes raíces,
8. Créditos,

9. Documentos y papeles de importancia,
10. Bienes ajenos que tenía en su poder el finado en comodato, depósito, prenda o bajo cualquier otro título, expresándose este.

La diligencia de inventarios una vez concluida será firmada por todos los concurrentes y en ella se expresara cualquiera inconformidad relacionada con la inclusión o exclusión de cualquier bien que se inventarié.

Es común en la practica jurídica precisar los bienes que constituyen el activo y el pasivo del haber hereditario, aun cuando el Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal no lo precise, pero si el Código Civil vigente en el Distrito Federal deja ver tales conceptos cuando habla de pagos de gastos de funeral y deudas mortuorias.

No pasa desapercibido hacer notar el caso específico de la existencia de herederos menores de edad, o cuando existe la beneficencia publica como heredera o legataria, pues en estos casos también se requiere como requisito indispensable que el inventario se formule ante un funcionario del Juzgado ante quien se ha radicado el trámite sucesorio testamentario, o en su caso ante la presencia de un Notario Público, y esto con la finalidad de proteger los intereses de los beneficiarios existentes en este caso.

Practicado el inventario, y de ser posible en la misma diligencia se valuaran todos los bienes inventariados, ello implica la asistencia de peritos auxiliares en la formación de los inventarios y avaluos, pues el valor de los bienes debe considerarse en su valor real o aproximado a la muerte del autor de la sucesión, para que con base en ellos se determine el monto del haber hereditario, la conservación y administración de los mismos.

Formulados los inventarios y avaluos, el albacea también tiene la obligación de presentarlos al Juzgado para que los herederos reconocidos y declarados en el juicio, se enteren del resultado de los mismos, pudiendo objetar tanto los inventarios como los avaluos en un plazo perentorio de cinco días a través de la vía incidental, y resuelta que sea la instancia incidental, en su caso, o transcurrido el termino, el Juez aprobara dichos inventarios y avaluos, y para el caso de que no fuese aprobado dicho inventario y avaluó, subsiste la obligación de la albacea de corregir, aumentar o extraer los bienes inventariados, sobre los cuales verso la incidencia, o en su caso volver a valorar los bienes, tomando en consideración los criterios de la sentencia incidental.

La conservación de los bienes de la sucesión consiste en realizar todas aquellas acciones jurídicas y no jurídicas que permitan conservar los bienes del haber hereditario al menos en el estado en que fueron valuados e inventariados, teniendo en este caso la obligación de tramitar tantos juicios cuantos requiera la conservación de dichos bienes, y al efecto preciso las limitaciones que tiene el albacea consistentes en no tener facultades para hipotecar o grabar los bienes de la herencia, dar en arrendamiento muebles e inmuebles por mas de un año, enajenar los bienes de la herencia sin el consentimiento de los herederos, no puede transigir ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia a menos que lo autoricen los herederos, o el Juez que conoce del trámite sucesorio, oyendo tanto al albacea como a los herederos y en casos necesarios para la conservación y mantenimiento de los bienes sucesorios, como lo establecen los artículos 1919, 1920 y 1921 del Código Civil vigente en el Distrito Federal. Así como el artículo 1713 que establece que el albacea, antes de formar el inventario, no permitirá la extracción de cosa alguna sino es que conste la propiedad ajena por el mismo testamento, por instrumento público o por los libros de la casa llevados en debida forma, si el autor de la herencia hubiere sido comerciante.

3.4.6 ADMINISTRACIÓN E INCREMENTO DE LA MASA HEREDITARIA

La obligación a que se refiere este inciso consistente en la administración de los bienes del de cujus, se inicia a partir de que ha sido realizado el inventario y avaluó, mas aun algunos tratadistas se pronuncian que empiezan a partir que los mismos han sido aprobados por el Juez del conocimiento de los autos, pues en este momento cuando se tiene la certeza jurídica de que tales bienes inventariados pertenecen a la masa hereditaria, en mi opinión este criterio es válido para aquellos bienes inventariados que fueron objeto de impugnación, pero sobre los bienes que no fueron objeto de impugnación la obligación de administrarlos inicia al realizarse el inventario, el Código Civil vigente en el Distrito Federal es muy escueto en relación a la administración de los bienes de la masa hereditaria, pues el artículo 1706 fracción IV de dicho Código establece como obligación la administración de los bienes, no obstante el Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal dedica el capitulo V del titulo Décimo Cuarto relativo a juicios sucesorios para regular la administración de los bienes contemplando algunos casos de excepción.

Lo anterior es así, tomando en consideración que en incisos anteriores de este capitulo se ha precisado que las obligaciones del albacea se originan a través de un mandato para pleitos y cobranzas y actos de administración limitado a los bienes de la masa hereditaria, en tal virtud las disposiciones del contrato de mandato son aplicables a la administración de los bienes de la sucesión, teniendo el albacea la obligación de administrar los bienes con la amplitud de facultades que el caso requiere no solo en forma judicial sino en forma extrajudicial.

Resultando evidente la facultad de incrementar la masa hereditaria, sobre todo de aquellos bienes que se encuentran sujetos a arrendamiento, negociaciones o giros mercantiles que el autor de la sucesión tenia en el momento de su fallecimiento, reconocer y liquidar adeudos tanto del autor de la sucesión como de la sucesión misma y realizar los pagos que sean a cargo del haber hereditario.

Como caso de excepción a la administración de la masa hereditaria, existe el de la cónyuge superviviente previsto en el artículo 205 del Código Civil vigente en el Distrito Federal que establece: **“muerto uno de los cónyuges, continuara el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión mientras no se verifique la partición”**.⁵⁶

El artículo 205 del ordenamiento citado esta regulando los bienes que pertenecen a la sociedad conyugal, y es perfectamente claro el criterio del legislador de proteger y respetar los bienes del cónyuge superviviente, antes de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, precepto que se complementa con lo dispuesto por el artículo 832 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal que establece en los mismos términos del Código Civil vigente en el Distrito Federal la obligación en comento, con la condición de que dicha administración la tendrá en el momento en que la pida aunque antes la haya tenido el albacea u otra persona. El supuesto previsto en los artículos citados, se refiere a los casos cuando hay sociedad conyugal, sin embargo en los casos de separación de bienes pensamos que la administración recae exclusivamente en el albacea, no obstante en la practica algunos jueces han seguido el criterio de poner en posesión y administración de los bienes de la sucesión al cónyuge superviviente sin tomar en cuenta si es sociedad conyugal o separación de bienes el régimen matrimonial, queriendo proteger la unidad familiar, y la honra del autor de la sucesión, que también forma parte del patrimonio del de cujus sobre la administración de los bienes materiales.

Nuestro Código no distingue la administración de bienes materiales y no materiales de la masa hereditaria, sin embargo tomando en cuenta los antecedentes que han regulado las sucesiones testamentarias, y principalmente el Derecho Romano que protegía en forma especial los bienes no materiales del *de cujus successione agitur* (de quien se trata la sucesión), como son la honra y la fama, ello traía un estigma en la familia y herederos que disminuía la posición social del *Pater familiae*, regulada por la *capitis diminutio* del *Pater Familiae* (padre de familia).

⁵⁶ Código Civil para el Distrito Federal. Edit. GMG.

En caso de existir dos cónyuges supérstite que acreditando sus derechos, como tales, y con régimen de sociedad conyugal soliciten la posición y administración me pregunto ¿a quien correspondería el derecho de la administración y posesión de los bienes?. Me inclino a pensar que el albacea en ejercicio de esta obligación de administrar los bienes debe solicitar al Juez se abstenga de entregar la posesión y administración de los bienes, hasta en tanto no se defina a quien de las dos corresponde el carácter de cónyuge supérstite, pues si bien es cierto que el Código Civil vigente en el Distrito Federal que la celebración de un segundo matrimonio, subsistiendo un primer matrimonio es nulo, también es cierto que las leyes que regulan la materia familiar son de orden Público, y no podría tenerse por nulo o válido un matrimonio hasta en tanto el órgano jurisdiccional no se pronuncie al respecto.

Cuando la cónyuge supérstite ha solicitado se le ponga en posesión y administración de los bienes que forman el haber hereditario de la sucesión, la obligación del albacea se substituye por la figura jurídica de intervención de tal manera que sus funciones de albacea se convierten en las de un interventor, y se concretara a vigilar la administración del cónyuge, y en el momento en que observe que la administración no es correcta o adecuada informara al Tribunal Judicial para que este determine si la administración es correcta o no, oyendo tanto a la cónyuge supérstite como al albacea.

Cabe preguntarse ¿a quien corresponde ejercitar las acciones que tengan por objeto recuperar bienes de la sucesión o hacer efectivos derechos de la misma, cuando los bienes se encuentran en posesión y administración de la cónyuge supérstite?, tal parece que por virtud del mandato judicial que la cónyuge supérstite adquiere por la determinación del Juez que la pone en posición y administración de los bienes de la masa hereditaria, a ella corresponde ejercitar esas acciones, pero

desde luego con la vigilancia del interventor que en este caso es el albacea, y para el supuesto o en caso de que la cónyuge supérstite no ejercitase las acciones mencionadas el albacea debe pedir autorización al Juez para ejercitar dichas acciones, tomando en consideración que por mandato judicial sus funciones quedaron reducidas a las de un interventor.

La obligación de incrementar los bienes que constituyen la masa hereditaria, la hacemos derivar del artículo 837 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal que dice que el interventor no puede deducir en juicio las acciones que por razón de mejoras, manutención o reparación tenga contra la testamentaria o el intestado..., ello pues implica reconocer el fundamento jurídico específico de la obligación consistente en mejorar e incrementar los bienes de la masa hereditaria, sin soslayar las disposiciones generales contenidas en el contrato de mandato y que desde luego un buen administrador o albacea debe tener en cuenta para mejorar los frutos y productos de los bienes sujetos a su administración.

3.4.7 ENAJENACIÓN DE LA MASA HEREDITARIA CON AUTORIZACIÓN DE LAS PARTES.

En forma congruente con lo que he sostenido de que el albacea es un mandatario con poder suficiente para pleitos y cobranzas, y actos de administración, concluimos que no tiene facultades para enajenar bienes que pertenezcan al haber hereditario, es decir no puede venderlos, donarlos, o transmitir la propiedad de los mismos en alguna de las formas previstas por la Ley; Sin embargo si esta facultado para hacerlo cuando con los bienes de la sucesión se tiene que hacer el pago de una deuda o algún gasto urgente para el mantenimiento y conservación de los bienes.

El artículo 1717 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, regula esta obligación del albacea, pero la condiciona a que los herederos y/o los legatarios estén conformes en la enajenación de algún bien de la sucesión, o en su defecto de todos los que constituyan el haber hereditario en el caso de cubrir los adeudos

pendientes. Esta facultad que se concede al albacea es con la finalidad de proteger a acreedores del autor de la sucesión, o de la sucesión misma, y el consentimiento de los deudores o legatarios es una autorización o poder que los mismos dan al albacea para enajenar los bienes de la sucesión, consentimiento que debe ser unánime, incluso el albacea tampoco tiene facultad para grabar o hipotecar bienes, transigir o comprometer en árbitros los negocios de la herencia, como tampoco dar en arrendamiento bienes del haber hereditario por mas de un año.

El grabar o hipotecar bienes hereditarios sin el consentimiento de los herederos o legatarios implicaría imponer gravámenes a los bienes de la sucesión, lo que ya es contrario a la facultad primordial que tiene el albacea que es la administración y conservación de los bienes de la sucesión para poderlos distribuir entre los herederos, en el caso que nos ocupa en los términos del Testamento Público Abierto.

Por lo que respecta al compromiso en árbitros, o transacción de los negocios de la herencia también supone una facultad de disposición que no tiene el albacea sopena de nulidad como lo prevé el artículo 1950 fracciones III y IV del Código Civil vigente en el Distrito Federal, pues insisto en que dichas facultades se derivan de la obligación principal que tiene el albacea de conservar y administrar los bienes hereditarios.

El limite establecido por el artículo 1721 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, de que el albacea no puede dar en arrendamiento bienes de la sucesión por mas de un año, esta concordé con el artículo 1737 del mismo ordenamiento que impone al albacea la obligación de cumplir su encargo, esto es de terminar el juicio sucesorio dentro de un año. La celebración de un contrato de arrendamiento que rebase el término de un año, estaría afectada de ineficacia procesal, y traería como

consecuencia la remoción del albacea y los daños y perjuicios que se causaran a dicha sucesión. El grabar e hipotecar bienes, transigir o comprometer en árbitros y dar en arrendamiento, son limitaciones impuestas por la Ley al poder para administrar bienes ya que dichos actos jurídicos en si no enajenan la propiedad de los bienes inmuebles o muebles que pertenecen al haber hereditario.

La enajenación de bienes que pertenecen a la herencia o que la constituyen, en algunos casos, es necesaria pues la deuda es mayor a los bienes relictos, y primero deben ser cubiertas las deudas hereditarias, hasta donde alcance la masa hereditaria trayendo como consecuencia la terminación del juicio sucesorio, que de suyo es un trámite prolongado. Sino existiese consentimiento de todos los herederos el Juez oyendo a los interesados y valorando las causas y motivos por los cuales se desea enajenar algún bien, puede sustituir el consentimiento de los herederos para la enajenación de algún o algunos bienes de la sucesión.

No pasa desapercibido hacer notar que muchos albaceas con el consentimiento de los herederos, en forma practica enajenan todos los bienes para poner fin al trámite del juicio sucesorio que además de tardado es costoso, atento lo anterior en estricto derecho no podría considerarse como obligación del albacea la de enajenar bienes sucesorios, pues se requiere la autorización o poder que otorguen los herederos y legatarios para realizar tal acto jurídico, que ello implica otorgar facultades para actos de dominio por quienes en el momento de la enajenación son los derechohabientes y poseedores de la masa hereditaria.

3.4.8 RENDICIÓN DE CUENTAS

La obligación de rendir cuentas sobre los bienes que pertenecen a la masa hereditaria es la obligación mas importante que tiene el albacea, para con los herederos o legatarios a virtud de que debe cumplir con toda honestidad y diligencia el contrato de mandato que ha aceptado al protestar su fiel y legal desempeño, a tal grado que el testador no puede dispensar al albacea de rendir cuentas por

disposición expresa de la Ley cuando dice en el artículo 1724 del Código Civil vigente en el Distrito Federal **“son nulas de pleno derecho las disposiciones por la que el testador dispense al albacea la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas”**.⁵⁷

La falta e incumplimiento de esta obligación se sanciona con nulidad absoluta, y ello obedece a la diligencia que debe tener el albacea al administrar los bienes de la masa hereditaria, con la finalidad de encubrir posibles fraudes tanto del testador como de los herederos o legatarios.

Es de hacer notar que la obligación de rendir cuentas no termina con la muerte de el albacea, sino que esta pasa a los herederos de este, así el jurista José María Manresa y Navarro nos dice **“si el albacea muere sin rendir cuentas, deben rendirlas sus herederos, y del mismo modo pasa a los herederos del albacea la responsabilidad en que por daños y perjuicios ocasionados a la testamentaria incurriese su causante, así como el derecho de exigir a su vez reintegros de gastos o indemnizaciones procedentes; lo que prueba, como es natural, que la intransmisibilidad del cargo no significa que la muerte del albacea extinga cuantos derechos y obligaciones no personalísimos pudieron nacer durante el tiempo en que se desempeñó”**.⁵⁸

Una vez aprobado el inventario y avalúos, dentro de la Legislación Mexicana, el albacea, dentro del primer mes de ejercer su cargo, esta obligado a fijar, de acuerdo con los herederos la cantidad que deba destinarse en los gastos de administración y el número y sueldo de los dependientes que intervengan en la administración de los bienes hereditarios; el plazo señalado con anterioridad en algunos casos resultara muy breve por las condiciones imperiosas de hechos que se presenten en la conservación y el mantenimiento de los bienes hereditarios, atendiendo la naturaleza de estos, es decir los casos particulares que se presenten

⁵⁷ Ob. Cit.

⁵⁸ J. María Manresa y Navarro. Comentarios al Código Civil Español. Tomo IV, Volumen II. Edit. Madrid Reus. Pág. 637.

rebasan el plazo legal antes mencionado. Lo anterior precisa que la administración debe sujetarse a lineamientos meticulosos contenidos tanto en el Código Civil vigente en el Distrito Federal como en el Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal.

Con anterioridad ya se ha mencionado que el albacea no puede dentro de su administración realizar actos que impliquen la enajenación o destrucción de los bienes de la masa hereditaria, salvo el caso de tener que realizar gastos necesarios para la conservación y para el pago de deudas urgentes, incluyendo las mortuorias.

En el cumplimiento de la administración de la masa hereditaria el albacea está obligado a rendir cuentas mensuales, anuales o general de la administración como lo establece el artículo 851 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal; la cuenta mensual debe incluir las actividades, utilidades y ganancias que la masa hereditaria hubiere obtenido, una vez descontados los gastos realizados con el objeto de que los herederos o legatarios puedan percibir de inmediato y en forma provisional parte de la masa hereditaria que les corresponde y ello con la finalidad de que el albacea no retenga en su poder bienes que le corresponden a los herederos.

También existe la obligación de rendir cuentas de su albaceazgo cada año, esto es incluir dentro de las cuentas tanto las actividades realizadas a corto plazo como serían las mensuales, como las realizadas a largo plazo. Esta rendición de cuentas en algunos casos puede ser la final, tomando en consideración que el albacea debe terminar su encargo en el plazo de un año. Obligación que debe cumplirse dentro de los primeros cinco días de cada año del ejercicio de su cargo.

La rendición de cuentas general incluye todos los actos realizados por el albacea desde que aceptó el nombramiento de albacea hasta la adjudicación de los bienes, es decir todas aquellas acciones, materiales o jurídicas como serían los juicios que hubiera tenido que ejercer en beneficio de la masa hereditaria, incluyendo gastos, logros y utilidades obtenidas durante su gestión, presentando en cada una de

las rendiciones de cuentas el soporte jurídico de las acciones realizadas. Cabe mencionar que el albacea no será liberado de su cargo y de la obligación en estudio mientras no haya sido aprobada dicha rendición de cuentas por los herederos y legatarios.

Ante la omisión o incumplimiento de esta obligación los herederos y legatarios tienen el derecho de exigir cuentas en los términos y periodos establecidos por la Ley, so pena de remoción de su cargo o de la pérdida del derecho de percibir honorarios,

Una vez rendidas las cuentas que se han mencionado los herederos gozan de un plazo de diez días para que manifiesten su conformidad o inconformidad con la rendición de cuentas presentada por el albacea, y tratándose de conformidad o de transcurrido el plazo de diez días sin que los herederos o legatarios hagan manifestación alguna las cuentas serán aprobadas por el Juez, teniéndose por cumplida dicha obligación; pero en el caso de que los herederos o legatarios, o de uno de ellos presentare inconformidad contra dicha rendición de cuentas, esta se tramitara en vía incidental ante el Juez del conocimiento de la sucesión quien una vez recibidas y desahogadas las pruebas que tanto el inconforme como el albacea presenten en el incidente se resolverá lo conducente. Existiendo la posibilidad de modificar el hecho materia de la impugnación, y dicha obligación de rendir cuentas quedara cumplida hasta que se cumplimente la sentencia incidental con la debida reparación del daño a la masa hereditaria si es que por la mala administración se ocasiono.

Para el caso previsto en el artículo 205 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, en el que el cónyuge supérstite solicita la administración de los bienes la obligación de rendir cuentas la adquiere el cónyuge respectivo y para el albacea dicha obligación se convierte en la de un interventor, es decir vigilar que el cónyuge supérstite cumpla con las obligaciones de la administración y en el presente caso de la rendición de cuentas.

Cabe hacer mención que dentro de la rendición de cuentas tiene cabida la liquidación de la herencia, así Escriche, nos dice que la liquidación es la cuenta que se forma para averiguar la suma que corresponde a los interesados en la herencia, y en tal virtud deben precisarse las deudas que han de pagarse con patrimonio de la masa hereditaria encontrándose en primer lugar las deudas mortuorias, los gastos del funeral y las que se hayan causado en la última enfermedad del autor de la herencia.

El concepto de deudas mortuorias incluye los gastos del funeral que comprende todas las erogaciones que se hayan efectuado a partir del fallecimiento del autor de la herencia y en los días sucesivos según la distinta costumbre familiar para el homenaje religioso y social del desaparecido.

Los gastos causados en la última enfermedad del autor son las erogaciones ocasionadas con el tratamiento medico, hospitalario y farmacéutico hechos durante la última enfermedad que en forma directa produjo el fallecimiento del autor de la sucesión.

La cuestión respecto de la enfermedad determinante de la muerte puede tener o no importancia, pues el autor de la sucesión pudo haberse encontrado aquejado de una larga y penosa enfermedad que finalmente haya sido irrelevante como causa directa de la defunción, sin embargo, a pesar de ello los gastos causados por aquella enfermedad deben incluirse en el concepto de deudas mortuorias y pagarse con preferencia a cualquier otra erogación a cargo de la sucesión; ello me parece justo.

Así el artículo 1756 del Código Civil vigente en el Distrito Federal nos dice que las deudas mortuorias, se pagaran del cuerpo de la herencia; disposición que en concordancia con el artículo 1284 del Código Civil vigente en el Distrito Federal que establece que la responsabilidad de los herederos, por las cargas de la herencia, deben hacerse hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda, lo anterior

implica pues que los gastos mortuorios se realicen con justa razón con el patrimonio del autor de la sucesión, de todas formas ello no impide que por el acuerdo de los herederos la deuda se pague con recursos pecuniarios que no provienen del acervo hereditario, situación muy común cuando los bienes de la herencia se encuentran formados exclusivamente por bienes raíces a cuya venta no desea procederse. En este supuesto el que paga se subroga en los derechos del acreedor hereditario cuyo crédito fue cubierto con bienes propios y en otros muchos casos la gratitud y el cariño de los herederos o familiares hace que los gastos mortuorios se dividan a pro rata entre ellos.

En segundo lugar deben pagarse los gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia, así como los créditos alimentarios que el autor de la sucesión pudiera tener. La importancia de las deudas por alimentos resulta preferente al de la conservación de los bienes hereditarios dadas las características de la vida económica actual, y ello es así tomando en consideración los valores tutelados, pues los alimentos implican necesidad de existencia y supervivencia de los acreedores alimentarios como serían los hijos o ascendientes del autor de la sucesión quienes imposibilitados para obtener el sustento diario, en forma necesaria y urgente requieren de la alimentación respectiva, por el contrario la conservación y administración de los bienes de la sucesión, si; pero de menor trascendencia que el derecho a la vida o de subsistencia, y tan es así que la propia Ley Civil para poder cumplir con esta obligación, faculta al propio albacea para solicitar la enajenación de bienes (liquidación), para cumplir con esta obligación.

También tiene preferencia en tercer lugar el pago de las deudas hereditarias que fueren exigibles. Las deudas hereditarias son las contraídas por el de cujus independientemente de la última disposición y de las que es responsable el autor de la sucesión con sus bienes al ser contraídas en vida. La preferencia al pagar de estas deudas se funda en la honradez y honorabilidad del testador o autor de la sucesión, pues como se ha señalado con anterioridad dentro de la sucesión testamentaria no solo se tutelan bienes materiales sino también los valores y

principios del autor de la sucesión, aun cuando en la sociedad actual se menos precien o se hayan perdido. El hecho de que el pago estas deudas hereditarias no sean exigidas de inmediato por sus acreedores, no implica que no deban cubrirse con cargo a la masa hereditaria, pues una vez que el albacea tiene conocimiento de esas deudas esta obligado como buen administrador a pagarlas dentro de la liquidación de la herencia y lo único que demuestran las palabras que fueren exigibles es la preferencia o momento en que deben pagarse dichas deudas, lo anterior se refuerza con lo establecido por el artículo 1761 del Código Civil vigente en el Distrito Federal que establece que si hubiere pendiente algún concurso, el albacea no deberá pagar sino conforme a la sentencia de graduación de acreedores, esto es el orden y la preferencia queda sujeto a la sentencia que el Juez pronuncie en el concurso. Cuando no haya concurso se pagara a los acreedores en el orden en que se presenten a exigir su pago y desde luego hasta donde alcancen los bienes de la masa hereditaria.

En el cumplimiento de esta obligación el albacea debe tener especial cuidado por lo que respecta al tiempo en que se contrajeron las deudas hereditarias, para poder aplicar la figura jurídica de la prescripción, es decir ¿el albacea esta obligado a pagar deudas prescritas?, legalmente considero que no existe la obligación, ello implicaría considerar algunas de las causales de interrupción de la prescripción, tomando en consideración la interrupción de la misma durante el plazo transcurrido desde la muerte del autor de la sucesión hasta el momento en que el albacea hubiere aceptado y protestado el cargo del albaceazgo, pues durante ese tiempo el acreedor esta imposibilitado para ejercer el cobro de la deuda hereditaria; por otra parte si el patrimonio de la masa hereditaria también se integra con la honra y la fama del autor de la sucesión moralmente, debería cubrirse la deuda respectiva en el momento en que se requiriese por el acreedor no obstante opino que esto seria materia de autorización de los herederos o legatarios quienes en último termino puede evaluar la importancia de la honra y fama del autor de la sucesión.

Otro punto relacionado con la liquidación de la masa hereditaria lo constituye la partición provisional de los bienes de la masa hereditaria pertenecen a los herederos y legatarios. El Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal en su artículo 854 establece que el albacea dentro de los quince días de aprobado el inventario presentara al juzgado un proyecto para la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios señalando la parte de ellos que cada bimestre deberá entregarse a los herederos y legatarios en proporción a su haber. Considero que el plazo de dos meses aquí establecido debería unificarse con el plazo de rendición de cuenta mensual pues ello implicaría una serie de promociones innecesarias, haciendo los trámites del juicio, lentos y tediosos, más aun que los propios herederos y legatarios tienen derecho para inconformarse en contra de estas propuestas provisionales de distribución de los bienes.

3.4.9 PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE PARTICIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES

Para tratar esta obligación es necesario que consideremos la unidad del patrimonio del de cujus, así como el conjunto de herederos que tienen derecho a la masa hereditaria, y al respecto manifiesto que la conservación de la unidad del patrimonio del autor de la sucesión después de la muerte de este es un principio esencial en el derecho sucesorio y en la técnica jurídica, que se impone en interés de los acreedores de los herederos y de los legatarios. El derecho objetivo ofrece diversas soluciones, todas ellas tendientes a mantener la unidad y la cohesión de los bienes del autor de la sucesión en el periodo comprendido entre el momento de la apertura de la herencia y el de la adjudicación de los bienes a los herederos y legatarios.

En el derecho romano, se elaboro la figura jurídica de la herencia yacente, en virtud de la cual se recurría a la ficción de una entidad que continuaba temporalmente la personalidad del autor de la herencia, representada en la masa hereditaria, que eran los bienes relictos, concebida como un patrimonio sin sujeto

sustentada principalmente por el tratadista Julián Bonecasse. También se ha atribuido personalidad jurídica a la herencia distinta de la de los herederos y legatarios, para conservar la unidad de los bienes del de cujus, después de su muerte.

De esa manera se lograba mantener la cohesión del patrimonio haciéndola descansar en la ficción de la herencia yacente o personalidad moral de la sucesión.

En nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 el problema de la personalidad se despejó, disponiendo que la propiedad y posesión de los bienes, así como las obligaciones del autor de la herencia, se transmitían a sus herederos, desde la muerte de aquel. De esta manera, no puede presentarse el caso de la herencia yacente, ni se requiere de la personalidad moral de la sucesión.

El Código Civil de 1832 en su artículo 1288, establece que a la muerte del autor de la herencia los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división; esto significa que a la muerte del autor de la herencia, los herederos no adquieren la propiedad de los bienes que la construyen, sino solo un derecho a la masa hereditaria, como a un patrimonio común, mientras no se practique la partición, esto es, el precepto en comento establece la copropiedad de los bienes de la herencia.

Conforme al artículo citado en el párrafo anterior cada uno de los herederos tiene derecho a participar en unión de los demás herederos en la parte líquida de la herencia que resulte después de cubrir las deudas que corren a cargo de la masa hereditaria. Adquirirán la propiedad de los bienes una vez que se haya llevado a cabo la adjudicación de lo que corresponda atribuir a cada uno, previa la liquidación de la herencia.

Cada heredero puede disponer del derecho que tiene en la masa hereditaria pero no puede disponer de las cosas que forman la sucesión, por tanto a la muerte del autor de la herencia los herederos y legatarios adquieren en común, un derecho de participación en la titularidad del patrimonio, junto con los demás herederos, por consiguiente adquieren individualmente la propiedad de los bienes después de que se haya practicado la liquidación, partición y adjudicación a cada uno de ellos de los bienes determinados que les hayan correspondido en la herencia.

Ninguno de los herederos puede enajenar o grabar en todo o en parte, los bienes que forman el acervo hereditario, por imposibilidad jurídica para que se efectúe la traslación del dominio o la constitución de gravámenes o cargas que el heredero pretendiera imponer sobre los bienes hereditarios, ya que para ello se requieren facultades de dominio de las que carece el heredero, quien como ya se dijo solo participa en la comunidad de la herencia y tiene derecho a recibir la porción hereditaria que resulte a su favor cuando se practique la liquidación de la herencia y conforme a ella se lleve a cabo la correspondiente adjudicación.

El Maestro Marcel Planiol define a la participación diciendo que es: **“el acto por medio del cual los coherederos en una sucesión sustituyen por partes materialmente distintas llamadas partes diversas aquellas partes indistintas llamadas partes indivisas que hasta entonces habían tenido”**.⁵⁹

De la cita anterior se desprende que algunos tratadistas con acertado razonamiento digan que la voluntad del testador se hace efectiva hasta el momento de la partición de la herencia, después de que exista el conocimiento cierto de el caudal reelecto, lo que sucede hasta que se han rendido cuentas de los bienes inventariados y aprobados así como de la liquidación respectiva.

⁵⁹ PLANIOL. Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo III. Pág. 579.

Tomando en consideración el razonamiento jurídico fundado en el artículo 1288 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, en el que se determina la copropiedad de los bienes sucesorios se impone al albacea la obligación de formular el proyecto de partición y adjudicación de los bienes, pues cada uno de los herederos o legatarios debe ser oído; proyecto que debe apegarse estrictamente al contenido de la voluntad del testador y que se encuentra plasmada en el Testamento Público Abierto, lo que puede ser bastante sencillo cuando en el testamento se encuentra contenida con toda precisión y exactitud la voluntad del testador, pero cuando esta es general o confusa se impone la necesidad de escuchar a los herederos en el proyecto de partición y adjudicación de los bienes hereditarios.

Subsiste el principio jurídico de que ningún copropietario está obligado a permanecer en copropiedad de cosa indivisa, mismo que también es válido en materia sucesoria y así el artículo 1768 del Código Civil vigente en el Distrito Federal establece que a ningún heredero puede obligarse a permanecer en la indivisión de los bienes, ni aun por prevención expresa del testador. Sin embargo podemos subrayar como excepción a este principio que la parcela ejidal no puede ser elegida entre los sucesores con la finalidad de evitar la fragmentación que resultaría antieconómica, tomando en consideración que en materia ejidal la parcelación es la unidad agrícola destinada a la manutención de la familia, y el dividir dicha parcela entre los diversos miembros de la familia o herederos que el autor de la sucesión determinase va contra la Ley agraria y de ahí que la unidad mínima en materia agraria para un heredero, sea la parcela.

Es de hacer notar que la sucesión en materia agraria, por vía testamentaria se hace en la forma sencilla de designar ante el Registro Nacional Agrario que persona le heredará, pudiendo nombrar herederos sustitutos.

De los comentarios anteriores se concluye que los demás coherederos tienen el derecho del tanto respecto al derecho del heredero que no desea permanecer en la copropiedad o indivisión de los bienes. La prevención hecha acerca de la voluntad del testador que no puede obligar a un coheredero a permanecer en la indivisión, se fundamenta en el derecho de propiedad cuyo atributo principal es la traslación de condominio y libre disposición de los bienes sujetos a propiedad privada, no obstante la Ley respeta la voluntad de las partes, y en virtud de tal principio los coherederos deben abonarse recíprocamente el capital, las rentas y los frutos que cada uno haya recibido de los bienes hereditarios, los gastos útiles y necesarios y los daños ocasionados por malicia o negligencia, haciéndose recíprocas concesiones a través de diversos convenios.

La partición pone fin a la comunidad de bienes entre los coherederos, al hacerse la partición esta deberá ser íntegra de tal manera que cada heredero reciba el valor de su porción constituida en los bienes rentas y frutos de la masa hereditaria en el momento de la partición, y de igual manera se responsabiliza a cada heredero del daño ocasionado en los bienes por negligencia o malicia. Responsabilidad que debe exigirse dentro del juicio sucesorio correspondiente.

3.4.10 FIRMA DE LA ESCRITURA DE PROTOCOLIZACIÓN

Esta obligación es de trámite administrativo propiamente dicho y se realiza ante el Notario Público que el albacea o los herederos o legatarios designen, sin embargo el albacea es el que debe firmar dicha escritura de protocolización haciendo constar que se ha adjudicado y entregado a cada heredero o legatario la porción de los bienes reelectos que corresponde a cada uno, obligación que viene a constituir la forma requerida del acto jurídico por el traslado de dominio y que debe ser en escritura pública firmada ante el Notario Público perfeccionándose así el acto jurídico del traslado de dominio en la sucesión.

3.4.11 PAGO DE IMPUESTOS CON BIENES DE LA MASA HEREDITARIA

El sistema jurídico mexicano ha establecido dentro de las diferentes formas de traslación de dominio el pago de impuestos, y al respecto tiene aplicación la Ley Sobre enajenación y Adquisición de Bienes, la Ley de Impuesto Sobre la Renta, la Ley de Tesorerías (Municipales o del Distrito Federal) en relación a pagos de impuestos en las que se determinan los porcentajes que las autoridades deben obtener en relación al valor de los bienes cuya propiedad se transmite por la vía testamentaria. Impuestos que muchas veces son gravosos y que deben ser pagados del peculio de la masa hereditaria de tal manera que la parte alícuota que se adjudique a los herederos debe ser una vez descontado el impuesto respectivo que se cause.

En la práctica cada uno de los herederos o legatarios aporta el monto de los impuestos que le corresponde quedando intocado el bien que se le adjudica.

No está por demás mencionar que antiguamente existía la Ley del Impuesto Sobre Herencias y Legados y en la cual se determinaban las tarifas y porcentajes que debían pagarse al Erario Público Federal (Secretaría de Hacienda y Crédito Público), por concepto de la transmisión de propiedad de los bienes sucesorios. Ley que estuvo vigente hasta el año de 1962.

En el momento de la firma de la escritura de protocolización de los bienes hereditarios, el Notario en base al artículo 45 fracción IX inciso A) de la Ley del Notariado está obligado a retener el monto de los impuestos causados en la traslación de dominio de la masa hereditaria, constituyéndose en obligado solidario para el pago de dichos impuestos ante las autoridades competentes, so pena de pagarlos él de su propio peculio sino retiene dichos impuestos, y también so pena de pagar los recargos moratorios que causen los impuestos respectivos sino realiza el pago de la suerte principal dentro del plazo de treinta días.

3.5 OBLIGACIONES DE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS

Tomando en consideración que el acto jurídico: Testamento Público Abierto es un acto complejo y que para su perfeccionamiento implica la intervención de terceras personas como son los herederos y legatarios es evidente que se requiere que estos realicen ciertas acciones que se constituyen en obligaciones, si es que desean defender los derechos emanados de la disposición testamentaria y dentro de estas menciono las siguientes:

3.5.1 ACEPTACIÓN O REPUDIO DE LA HERENCIA

Tanto la aceptación como el repudio de la herencia son actos jurídicos que se requieren para que la disposición testamentaria surta efectos jurídicos, lo contrario sería hacer la nugatoria e ineficaz, pues la voluntad del testador no produciría efecto jurídico alguno; de esto deriva, que en el presente estudio considere como una obligación de los herederos la aceptación y repudiación de la herencia.

Para poder aceptar o repudiar la herencia se requiere que el heredero tenga capacidad plena para estrenar su voluntad, desde luego podrán hacerlo los que se encuentren en el pleno ejercicio de sus facultades mentales con capacidad de goce y de ejercicio. La capacidad de goce también identificada como capacidad jurídica, misma que el artículo 22 del Código Civil vigente en el Distrito Federal nos dice que se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, esto significa que la capacidad de goce es la titularidad que tienen las personas físicas para poder realizar acciones tendientes a exigir el cumplimiento de sus derechos y obligaciones; y la capacidad de ejercicio es la actitud que tienen las personas para ejercitar por si mismas sus derechos y obligaciones. Ante los conceptos anteriores se destaca que para que la aceptación o repudiación de la herencia surta efectos jurídicos, deba realizarse por el heredero o legatario que tienen capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

Por lo que respecta a herederos o legatarios que solo tienen capacidad de goce, estos podrán hacerlo a través de las personas facultadas para ello, como serían los tutores en caso de menores de edad o interdictos, sin que produzca efectos jurídicos la aceptación o repudio de la herencia por parte de la madre o el padre en ejercicio de la patria potestad, cuando estos son herederos o tienen interés jurídico en la sucesión por considerar que tienen intereses contrarios a los herederos o legatarios menores de edad, constituyéndose pues una limitación legal a la capacidad de ejercicio del padre o de la madre del menor; sin embargo el legislador tratando de proteger más a dichos menores expresamente dice en el artículo 1654 del Código Civil vigente en el Distrito Federal que la herencia dejada a los menores y demás incapacitados será aceptada por sus tutores, quienes podrán repudiarla con autorización judicial, previa audiencia del Ministerio Público.

Para la interpretación de este artículo resulta conveniente traer a colación lo dispuesto por el artículo 579 del Código Civil vigente en el Distrito Federal que dice: **“el tutor tiene la obligación de admitir... legados y herencias que se dejen al incapacitado”**⁶⁰. Conforme a este artículo debemos decir que la aceptación no puede dañar al patrimonio del menor o del incapacitado habida cuenta que ella es siempre en beneficio de inventario y el heredero no queda responsable más que de los bienes que recibe; pero por lo que respecta a la repudiación de la herencia, si se requiere la autorización judicial y previa audiencia del Ministerio Público, debido a que en este caso se podrían afectar derechos de terceros y desde luego tal repudiación debe fundarse en una causa plenamente justificada.

Conforme a los Códigos de 1970 y 1984, el repudio de la herencia por parte de mujer casada debía hacerse con el consentimiento y autorización del esposo, debido a que en dichos ordenamientos legales se consideraba a la mujer casada

⁶⁰ Código Civil para el Distrito Federal. Edit. GMG.

como hija de familia, sin embargo en el Código de 1928 ya se ha concedido a la mujer casada igualdad de derechos, y esta igualdad ha sido elevada a categoría de garantía constitucional y en tal virtud tiene capacidad de goce y de ejercicio para aceptar o repudiar la herencia conforme lo establecen los artículos 2 y 172 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

La repudiación y la aceptación de la herencia son actos indivisibles de tal manera que el heredero no puede aceptar una parte de la herencia y repudiar el resto, por lo que la aceptación y repudiación de la herencia deben ser totales. La doctrina jurídica funda la característica de indivisibilidad de la aceptación y repudiación de la herencia en el hecho de que el testador o la Ley al conferir la calidad de heredero designan un sucesor en todos los derechos y obligaciones del causante, y escogen a un representante de su personalidad. Si se acepta la representación, se admite toda, no es parte de la misma; si se renuncia no se admite nada, no se quiere representar. En estos términos no se puede hablar de partes separadas de bienes. No olvidemos que los tratadistas han considerado a la sucesión como la continuidad de la personalidad jurídica del difunto, aunque corresponda a varios y en tal virtud resulta indivisible, pues la personalidad es indivisible.

Por otro lado, la aceptación o repudiación no puede hacerse de una sola parte de la herencia, porque una y otra no se refieren a los bienes de que la herencia se compone, sino a la herencia misma considerada como una *universitas*.

La aceptación y la repudiación no contemplan ni toleran términos o condiciones. Efectuándose la transmisión *ipso jure* a partir de la muerte del *de cuius* es necesario precisar cuanto antes la persona del beneficiario, sin condicionar ni restringir en forma alguna la aceptación o repudiación de la herencia testamentaria; admitir un plazo o una condición sería desconocer la naturaleza de la sucesión. Si se emitiera plazo, se concluiría que la herencia no se transmite en el momento de la muerte. Si se admitiera una aceptación condicional se aceptaría que la muerte no es

la única causa de la transmisión en la sucesión. Si se admitiera la renuncia condicional, la aceptación de la herencia quedaría en suspenso por tiempo indefinido, lo que perjudicaría no solo los intereses de quien en definitiva hubiera de aceptarla, sino de los acreedores, a quienes se impediría ejercitar sus derechos sobre el provecho que el heredero beneficiario puede retraer de la herencia.

El artículo 1660 del Código Civil vigente en el Distrito Federal establece que los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia se retrotraen siempre a la fecha de la muerte de la persona a quien se hereda, de donde se concluye que no puede pretenderse que esos efectos empiecen después. Tampoco es posible fijar un término para la cesación de todo efecto jurídico, mas haya del cual el heredero deje por su voluntad de serlo. El heredero acepta conscientemente la adquisición del derecho que se le transmite con todas sus consecuencias, y no solo en fracciones de tiempo.

El maestro Rafael Rojina Villegas afirma que **“el objeto por el cual se exige que la acción y repudiación no sean sujetas a condiciones y plazos, es que no quede herencia yacente, lo que ocurriría si se permitiera al heredero aceptar a partir de cierta fecha, o que quedara de ser heredero con la llegada de un término; asimismo evita el problema de la incertidumbre de la aceptación, que surgiría si se permitiera que esta dependiera de condición”**.⁶¹

¿Qué sucedería en el supuesto de que una persona haga aceptación o renuncia parcial sujeta a término o condición? Considero con sano criterio como lo expone el profesor Francisco Ricci, **que debe considerarse eficaz la aceptación o renuncia y nula o no puesta la condición del termino y la expresión de parcial, tomando en consideración que la aceptación y la renuncia no pueden hacerse sino del modo prescrito por la Ley y no del modo que al heredero le plazca hacerla. De lo que se deduce que si la aceptación y la renuncia se hacen del modo indicado por la Ley son validas, y en caso contrario, deben considerarse**

⁶¹ ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV Sucesiones. Edit. Porrúa. Pag. 238.

nulas así por ejemplo, una renuncia condicional es hecha de un modo no permitido por la Ley; luego tal renuncia es nula, y no es solo la condición impuesta, pues la Ley es de observancia general y obligatoria y no esta sujeta a la voluntad de las partes.⁶²

El principio de indivisibilidad sostenido en líneas anteriores, también resulta aplicable a nuestro derecho tomando en consideración que la masa hereditaria se considera, una indivisibilidad.

Toda vez que la aceptación o repudiación de la herencia son actos libres, en caso de haber varios herederos o legatarios cada uno tiene la facultad de aceptar o renunciar la herencia, pudiendo hacer lo mismo los herederos o legatarios, por estirpe, en caso de muerte del heredero original.

El que renuncia a una herencia en sucesión testamentaria, siendo también heredero de una sucesión *ab intestato*, debe entenderse que ha renunciado también la herencia intestamentaria, pues desprecia la voluntad del testador y no merece ser su sucesor. El legislador no podía consentir que la voluntad del testador no sea respetada por el heredero, si por ser llamado a la sucesión como pariente próximo, pues demuestra ingratitud hacia el que lo había instituido, admitir lo contrario sería premiar la malicia del heredero que para librarse de las cargas impuestas por el testador, repudia su título testamentario, para después de recibir la herencia a título de heredero legítimo, sin gravamen alguno.

No esta por demás mencionar que la renuncia y la aceptación solo pueden hacerse después de la apertura de la sucesión, debido a que el derecho sucesorio nace en ese momento si la sucesión aun no se abre, falta el objeto tanto de la aceptación como de la renuncia y sin objeto no puede existir ningún acto con consecuencias jurídicas. De aquí se sigue que no se puede renunciar a la herencia de una persona viva, porque no existe todavía la herencia, el que renuncia a la

⁶² RICCI, Francisco, Derecho Civil Teorico y Practico. Tomo X. Madrid Edit. España Moderna. Pag. 206.

herencia antes de morir el causante, se mueve en el vacío y no renuncia a nada porque no tiene derecho a nada; algunos autores sostienen que la razón por la que la enajenación y la renuncia de una sucesión futura están prohibidas, se encuentra en ellas resultan contrarias a la moral pública y ofensivas a las buenas costumbres y además es una amenaza constante a la vida de la persona de cuya sucesión se trata.

Merece especial atención la aceptación o renuncia de algunas personas morales y la beneficencia pública, pues esta debe hacerse a través de sus legítimos representantes.

Siempre que la herencia recaiga en personas morales, capaces de adquirir, podrá ser aceptada o repudiada por conducto de sus representantes legítimos investidos de facultades para repudiar, aceptar o enajenar la herencia. Tratándose de corporaciones oficiales, por razones de interés Público, la repudiación requiere de autorización judicial previa audiencia del Ministerio Público. La autorización judicial para la renuncia debe ser solicitada por los legítimos representantes de las corporaciones a quienes corresponda la herencia expresando y justificando en sus escritos los motivos que induzcan a renunciar

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 establecían el requisito de la autorización judicial e intervención del Ministerio Público para el caso de la repudiación de la herencia dejada a cualquier persona moral, el Código Civil vigente en el Distrito Federal cambio esta disposición tomando en consideración que las personas morales en ningún momento se equiparan a los menores, sino que por el contrario gozan de capacidad plena para ejercitar sus derechos.

Las instituciones de beneficencia privada, para aceptar o repudiar la herencia a ellas otorgada, deberán observar las siguientes reglas:

1. La junta de beneficencia privada deberá nombrar un representante jurídico que se apersona de la testamentaria que se trata.
2. El representante jurídico pedirá copia certificada de las cláusulas relativas del testamento, y con esta copia y los demás datos que juzgue necesarios deberá dar cuenta a la junta para el efecto de que se resuelva si se acepta la herencia en nombre de la beneficencia privada.
3. La junta dentro de un plazo de diez días deberá rendir un informe a la Secretaria de Gobernación, donde se resolverá si se acepta o repudia la herencia en nombre de la beneficencia privada
4. Si la resolución es afirmativa se comunicara por conducto de la junta al representante jurídico, quien lo hará saber al Juez de los autos por medio de escrito, acompañándolo del oficio respectivo y aceptara la herencia en nombre de la beneficencia privada.

Así lo establecen los artículos 77 a 80 de la Ley de Beneficencia Privada.

Tratándose de establecimientos públicos, la aceptación o la renuncia de la herencia no será valida mientras no recaiga la aprobación de la autoridad administrativa jerárquicamente superior de quien dependan.

El repudio de la herencia tiene lugar desde el momento en que se ha abierto el juicio hasta antes de nombrar herederos, una vez nombrados o reconocidos estos mediante la aceptación expresa o tacita solo tendrá cabida la cesión de derechos, mas no el repudio de la herencia.

Uno de los caracteres de la aceptación y repudiación de la herencia es su irrevocabilidad. El que ha aceptado no puede ya repudiar, y el que repudia no puede después pretender la aceptación.

El aceptante no puede arrepentirse. Opera aquí el principio tradicional implícito en el ordenamiento jurídico *semel heres, semper heres*, el cual propiamente significa que la cesación de la calidad de aceptante no puede depender de la voluntad del llamado. Esto en interés de los terceros acreedores, de los legatarios y de la estabilidad de las transmisiones hereditarias. Esta misma razón puede aducirse respecto a la irrevocabilidad de la herencia, pudiendo señalarse que el que repudia se desprende de su derecho a la sucesión, de suerte que el llamamiento se considera hecho desde que se abre la sucesión a favor de aquellos a los cuales la herencia se defiere como consecuencia de la renuncia. Ahora bien, admitir que el repudiante pretendiera después aceptar sería reconocer que tiene un derecho que ya no es suyo, y sería obrar en perjuicio de aquellas personas a quienes la herencia se defirió, por motivo de la repudiación. La aceptación y la repudiación son actos jurídicos, por lo consiguiente, unos de sus caracteres esenciales es el de ser voluntarios y libres. Puesto que afectan la esfera de los derechos de terceros, emitida la declaración de voluntad de aceptación o repudio, esta es irrevocable; no obstante se permite al heredero revocar la aceptación no la renuncia, en los siguientes casos de excepción:

1. Cuando exista un testamento desconocido para el heredero, al tiempo en que este acepta o repudia la herencia
2. Que ese testamento altere la cantidad o calidad de la herencia.

Si falta alguna de estas condiciones no es procedente la revocación de la aceptación o repudiación.

Si el heredero conocía el testamento y sin embargo acepto o repudio, debe imputarse asimismo las consecuencias de su conducta, pues teniendo tiempo para deliberar sobre la situación que mas conviniera a sus intereses prefirió aquel que después resulto perjudicial o poco satisfactorio. Si el testamento desconocido solo

explica una cláusula dudosa, o modifica en ciertos insignificantes detalles otro anterior, si las circunstancias continúan siendo idénticas, de suerte que no se altera la cantidad o calidad de la herencia no hay razón alguna para que proceda la revocación de la aceptación o repudiación.

En el supuesto de que proceda la revocación, el heredero esta obligado a restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de la revocación, es decir tendrá que devolver todo lo que hubiere percibido de la herencia, incluyendo los frutos.

Es de hacer notar que tanto los herederos como los legatarios solo responderán de las deudas del autor de la sucesión hasta donde alcance el monto de la herencia o legado, y en consecuencia los acreedores a la masa hereditaria solo podrán hacer valer sus créditos hasta donde alcance dicha masa hereditaria, sin que herederos o legatarios tengan que responder con bienes que integren su propio patrimonio.

A efecto de precisar la situación jurídica de los legatarios al respecto me permito transcribir los siguientes artículos del Código Civil vigente en el Distrito Federal:

“Artículo 1397 el legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar otra.

Artículo 1398 si el legatario muere antes de aceptar un legado y deja varios herederos, puede uno de estos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponde en el legado.

Artículo 1399. Si se dejaren dos legados y uno fuere oneroso, el legatario no podrá renunciar este y aceptar el que no lo sea. Si los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todo o repudiar el que quiera.

Artículo 1400. El heredero que sea al mismo tiempo legatario puede renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar este y aceptar aquella”.⁶³

3.5.2 APROBACIÓN DE INVENTARIO Y AVALUÓ DE LA MASA HEREDITARIA

Esta obligación implica que el heredero o legatario debe conocer tanto los bienes que pertenecen a la masa hereditaria, como la documentación respectiva que acredite la propiedad o legitimidad de los bienes que constituyen el pasivo como el activo de la masa hereditaria, para poder aprobarlos, asimismo debe tener pleno conocimiento de el valor de los inmuebles como del monto de las deudas contritas por el autor de la sucesión, y de los gastos funerarios para no perjudicar intereses de terceros o acreedores pudiendo ejercitar mediante la vía incidental sus derechos u objeciones que en el caso procedan y que han quedado precisadas al estudiar las obligaciones del albacea.

3.5.3 APROBACIÓN DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA MASA HEREDITARIA

La rendición de cuentas si bien es cierto que es una obligación del albacea el rendirlas, también es cierto que corresponde a los herederos o legatarios aprobar dichas cuentas en su carácter de titulares de la masa hereditaria. Dicha aprobación debe versar sobre los actos realizados por el albacea para la conservación de la masa hereditaria e incremento de la misma, así como las acciones realizadas en el pago de las deudas contraídas por el autor de la sucesión, y o el pago de empleados y auxiliares que se hayan utilizado en el desarrollo de la negociación, o en su caso los gastos del mantenimiento, implican a herederos o legatarios la revisión de los

⁶³ Código Civil para el Distrito Federal. Edit. GMG.

documentos, la utilidad y conveniencia de realizar esos actos para poder aceptar dichas cuentas en una buena administración, sin perjuicio de acreedores y liberando con tal aprobación al albacea de responsabilidades en el cumplimiento de su encargo, en consecuencia traerá también consigo incluida la obligación de pagar al albacea la parte que le corresponde de la masa hereditaria en concepto de honorarios.

3.5.4 APROBACIÓN DEL PROYECTO DE PARTICIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LA MASA HEREDITARIA

El proyecto de partición incluye la aprobación de la propuesta que el albacea hace para dividir la masa hereditaria a favor de los herederos y legatarios, una vez pagadas y liquidadas las cuentas, dicho proyecto implica la aprobación de herederos y legatarios, primero en los términos contenidos en el Testamento Público Abierto si esto es posible, y en caso de no ser posible porque los bienes relictos no admitan cómoda división, o porque las cláusulas testamentarias no sean absolutamente claras y precisas, son los herederos y legatarios los que tienen la última palabra para aprobar el proyecto de partición.

La adjudicación de la masa hereditaria implica la obligación de recibir jurídica y materialmente los bienes destinados en el proyecto de partición a cada uno de los herederos y legatarios, en los términos y condiciones en que se encontraban a la muerte del autor de la sucesión, y en su caso en los términos y condiciones en que se encuentren precisados en el proyecto de partición, de tal manera que al cumplir la obligación de aceptar los bienes adjudicados, se libere plenamente al albacea de su encargo.

El cumplimiento de las obligaciones precisadas en los incisos 3.5.2, 3.5.3 y 3.5.4 dan a los herederos el ejercicio de la acción legal, para aprobar, y en su caso objetar la actividad del albacea en tales actos jurídicos mediante la vía incidental ante el Juez que conozca del juicio sucesorio testamentario, y en caso de que dicha

obligación no fuera aceptada por todos o algunos de los herederos o legatarios, será el Juez el que tenga la autoridad suficiente para resolver y aprobar los actos jurídicos contenidos dentro de los incisos mencionados al inicio del párrafo. Es de hacer notar que el cumplimiento de las obligaciones: formación de inventarios y avaluos, rendición de cuentas, formación de proyecto de partición y adjudicación, por parte del albacea, y la aprobación respectiva de los mismos por parte de los herederos y legatarios, son la parte medular del cumplimiento de la disposición testamentaria, en tal virtud en todo juicio sucesorio testamentario debe forzosamente ventilarse el desarrollo de estas obligaciones tanto por parte del albacea como de los herederos y legatarios.

3.5.5 FIRMA DE LA ESCRITURA DE PROTOCOLIZACIÓN DE LA MASA HEREDITARIA

Esta obligación es conjunta entre herederos, legatarios y albacea de la sucesión, habida cuenta de que por el testamento se transmiten los derechos de propiedad de los bienes relictos por el autor de la sucesión, y en consecuencia deben llenar el requisito de forma consistente en que se hagan constar en escritura pública levantada ante la fe del Notario Público, y debe contener la firma de todas las personas mencionadas con anterioridad, primero para manifestar su conformidad con todos los trámites realizados, y en segundo lugar para que se haga constar que ha quedado concluido el trámite sucesorio contenido en el Testamento Público Abierto, en ejecución de la voluntad del testador.

La protocolización, es un acto de carácter propiamente administrativo que realiza el Notario Público designado por el albacea, por los herederos, por los legatarios, o todos juntos a la vez y consiste en que el Notario Público plasma en los libros del protocolo respectivo todos los trámites realizados al tramitar el juicio sucesorio y que principalmente son la denuncia del juicio, ya sea ante Notario o ante un Juzgado de lo Familiar o Civil en aquellos lugares donde no existen jueces en materia familiar, los inventarios y avaluos y la aprobación de los mismos, la rendición

de cuentas y la aprobación de las mismas, y el proyecto de partición y adjudicación con su aprobación respectiva, y asimismo este acto de protocolización incluye que el Notario Público designado, una vez satisfechos los requisitos relativos a la escrituración y pagos de impuestos mande inscribir el testimonio de la escritura publica que contiene la protocolización al Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal para proteger y salvaguardar los derechos de los herederos y legatarios, así como los de los terceros, deudores o acreedores que tuvieran algún derecho u obligación emanada de actos jurídicos celebrados por el autor de la sucesión.

3.6 OBLIGACIONES FISCALES

Tanto herederos como legatarios están obligados a pagar los impuestos y derechos de los muebles e inmuebles que formaron la masa hereditaria, y que se les transmitieron mediante el juicio sucesorio respectivo a prorata conforme a la parte de la herencia que a cada uno se les adjudico. Hay que hacer notar por principio de cuentas que todos estos gastos se realizan con cargo a la masa hereditaria, de tal manera que el heredero o legatario que repudia la herencia no esta obligado al pago de dichos impuestos o derechos, sin embargo en la practica, con el objeto de conservar los bienes adquiridos por la herencia son los herederos o legatarios quienes pagan los impuestos con dinero de su peculio, además de que se agiliza el trámite respectivo, tomando en consideración que en muchos casos habría que proceder a la venta de los bienes que pertenecen al haber hereditario.

Los derechos que en este caso se pagan, son los del Notario Público por la escrituración, los relativos a la expedición de los certificados de gravámenes que en su caso expida el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, los de certificados de adeudos por conceptos de Impuesto Predial y Agua, así como Drenajes que expida la Tesorería del Distrito Federal, o Municipal en su caso, y los que se erogan por la expedición de testimonios o copias certificadas de la escritura de protocolización, así como los derechos relativos a la cancelación de la inscripción

anterior, e inscripción de la nueva escritura; los impuestos son el Impuesto por Enajenación de Bienes, comúnmente llamado traslado de dominio; si bien es cierto que los obligados directos en calidad de contribuyentes al pago de los impuestos, son los herederos y legatarios, también es cierto que el Notario Público que realice la escritura de protocolización es un obligado solidario al pago de los impuestos respectivos dentro de un período de treinta días hábiles, por lo que el Notario Público asume la responsabilidad de retener el monto de los impuestos y pagarlos dentro del plazo mencionado, so pena de pagar con dinero de su peculio los recargos moratorios por no cumplir la obligación de pago en el plazo señalado, y/o pagar los impuestos respectivos si se los requiriese la oficina recaudadora de dichos impuestos.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

PRIMERA.- Del estudio desarrollado en páginas anteriores concluyo que el Testamento Público Abierto contiene un sinnúmero de actos jurídicos que tienen que celebrarse para dar cumplimiento a la voluntad del testador con los siguientes inconvenientes:

- a) Que la transmisión de la propiedad de los bienes relictos, se lleve acabo hasta que termine el juicio sucesorio.
- b) El trámite para realizar la transmisión de la propiedad en un alto porcentaje es lento y costoso.
- c) Teniendo el pago de impuestos y derechos un costo aproximado de ocho a diez por ciento, produce desinterés en los interesados para tramitar el juicio sucesorio, existiendo en la actualidad un sesenta o setenta por ciento de casos en que no se ha tramitado o iniciado juicio sucesorio testamentario, confiados en que existe un Testamento Público Abierto pero quien aparece como titular de los bienes es el autor de la sucesión.
- d) Que las autoridades fiscales no obtengan el pago de impuesto inmediato, debido a la falta de recursos monetarios de los interesados.
- e) Que algunos acreedores de los herederos o legatarios se vean impedidos de poder garantizar sus créditos sobre bienes que legalmente no se consideran propiedad de estos, aunque de facto ellos sean los poseedores y los que detenten el usufructo de dichos bienes.

Los anteriores inconvenientes entre otros que podríamos enumerar son originados por la forma compleja en que nuestras leyes regulan los Testamentos Públicos Abiertos, como los trámites sucesorios respectivos originados por tales testamentos. Atento lo anterior se considera que la legislación actual que rige tanto los Testamentos Públicos Abiertos como el trámite sucesorio derivado de estos debe actualizarse y establecer normas concretas y precisas que de ser posible los herederos y legatarios adquieran de inmediato, *de jure* y *de facto* todos los derechos sobre los bienes relictos por el testador.

Tomando en consideración lo antes mencionado, se sugiere que el Testamento Público Abierto sea el acto jurídico realizado por el testador para transmitir la propiedad de sus bienes muebles e inmuebles a favor de los herederos o legatarios mediante la propia escritura que contenga el testamento y cuyos efectos plenos de nuda propiedad, uso y usufructo surtan efectos a la muerte del autor de la sucesión, como si se tratara de un acto jurídico con reserva de dominio hasta que acontezca el hecho de la muerte del autor de la sucesión.

Los Notarios Públicos estarían obligados a inscribir el testimonio de la escritura pública que contenga el Testamento Público Abierto en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

SEGUNDA.- La legislación actual ordena a los Notarios Públicos dar aviso al Archivo General de Notarias de las disposiciones testamentarias otorgadas por alguna persona, de tal manera que lleva el Archivo General de Notarias un registro de las personas que han testado, sin embargo dicho registro no se lleva en sus términos, por exceso de trabajo o por descuido de los funcionario de dicho archivo, no son pocos los casos en que existiendo Testamentos Públicos Abiertos, el Director

del Archivo General de Notarias informa que en dicho archivo no existe otorgada disposición testamentaria alguna o el autor de la sucesión, cuando en el Juzgado respectivo ya obra el Testamento Público Abierto y la constancia del Notario Público de que remitió el aviso respectivo al Archivo General de Notarias. Es de hacer notar que el Director del Archivo General de Notarias debería informar: no existe registro y no que no otorgó disposición testamentaria.

El Archivo General de Notarias es local, esto es solamente tiene control en cada entidad federativa, mas no en toda la República; siendo frecuentes los casos que una persona tiene la libertad de otorgar su Testamento Público Abierto ante cualquier Notario Público del lugar donde se encuentre, y en los casos en que el juicio sucesorio se radica en el lugar en donde el autor de la sucesión tuvo su último domicilio, o el principal asiento de sus negocios, también es cierto que existe la posibilidad de que el Testamento Público Abierto se haya otorgado en un lugar ajeno a los que la Ley les da competencia, y no encontrándose registrado el otorgamiento de Testamento Público Abierto en los lugares competentes, dicha sucesión lejos de ser testamentaria se convierte en intestamentaria, y en muchos casos nulifica la voluntad del testador.

Los hechos anteriores demuestran ampliamente que las leyes que actualmente rigen el control de Testamentos Públicos Abiertos son insuficientes y obsoletas, por tal motivo se sugiere se legisle sobre este punto y se actualice la Ley que actualmente la rige.

Se propone la creación de un Instituto Nacional de Testamentos Públicos Abiertos cuyo objeto sea el controlar el registro de todas las disposiciones de testadores contenidas en Testamento Público Abierto, y que se utilicen los medios electrónicos avanzados para poder tener rápido y fácil acceso al archivo de dicho

organismo o institución; acceso que desde luego estaría a disposición de todos los Jueces y Notarios Públicos de la Republica Mexicana, para obtener la información solicitada sobre disposición testamentaria alguna otorgada por el testador, trayendo consigo el beneficio de la justicia pronta y expedita a que se refiere el artículo 17 Constitucional, y además gratuita pues no pasa desapercibido hacer notar que los derechos que cobra el Archivo General de Notarias para informar si existe o no disposición testamentaria alguna son demasiado elevados y gravosos para los herederos o legatarios.

TERCERA.- No pasa desapercibido hacer notar que el Testamento Público Abierto es un acto jurídico fundado en la confianza y bondad de el testador para con las personas a quienes nombra herederos o legatarios, y en tal virtud resalta la buena fe del acto jurídico: Testamento Público Abierto, de tal manera que en la disposición testamentaria no deben contemplarse cuestiones de deudas del testador, a virtud de que, dentro de los ordenamientos jurídicos tanto Civiles como penales, existen formas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el testador, y en consecuencia la disposición testamentaria debe ser un acto que solo contemple la transmisión de los derechos de propiedad de los bienes testados en el momento en que ocurra la muerte del testador.

CUARTA.- El artículo 17 Constitucional consagra el principio de que la justicia debe ser gratuita, pronta y expedita, en tal virtud considero que las obligaciones emanadas del Testamento Público Abierto deben tener estas características para gozar plenamente de la garantía constitucional consagrada en el precepto invocado, lo que se lograría si se legislara el Testamento Público Abierto en los términos conceptuados en la primera conclusión, considerando que el objeto de la disposición testamentaria es transmitir el derecho de propiedad, uso, usufructo y posesión de los bienes del testador cuando ocurra el deceso de este; en consecuencia cesarían:

- a) Las obligaciones del albacea, mas aun desaparecería la figura del albaceazgo en el Testamento Público Abierto y dentro del juicio sucesorio derivado de este, pues los derechos de propiedad, uso, usufructo y posesión, los adquiriría automáticamente los herederos o legatarios *ipso jure* a la muerte del testador, y para el caso de copropiedad o indivisión de los bienes, los adquirentes tienen expedito el derecho para proceder a la terminación y liquidación de la copropiedad, o bien solicitar la división del inmueble respectivo, en base a las figuras jurídicas contenidas en el título décimo primero de la segunda parte del libro cuarto del Código Civil vigente en el Distrito Federal. Este requisito es innecesario cuando no existe copropiedad.
- b) Los herederos y legatarios se liberarían de un trámite de juicio sucesorio, por demás tardado y costoso, siendo suficiente hacer la inscripción ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de la escritura que contenga el último Testamento Público Abierto, expedida por el Notario Público así como la certificación del Instituto Nacional de registros de Testamentos Públicos Abiertos, acompañada de el acta de defunción y del recibo expedido por las autoridades fiscales o hacendarías de el pago de los impuestos respectivos para que sean titulo suficiente de la transmisión de la propiedad y surtan efectos contra terceros.
- c) Se suprimiría el acto relativo a la protocolización de el juicio sucesorio, en aras de la gratuidad y pronta administración de justicia previstos en el artículo constitucional invocado, a virtud de no ser requeridas, pues la voluntad del testador y la transmisión de los derechos de propiedad, uso usufructo y posesión han quedado contenidos en la escritura que contiene el Testamento Público Abierto.

- d) El testimonio que se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, y que posteriormente fungirá como título de propiedad a favor del heredero o legatario, debe ser expedido por el Archivo General de Notarias con fecha posterior a la muerte del testador, y en base a la constancia o certificación que realice el Instituto Nacional de Testamentos Públicos Abiertos de que dicho testamento fue el último que otorgó el testador.

QUINTA.- En el caso del desconocimiento de la existencia de un Testamento Público Abierto, y de los juicios sucesorios denunciados en forma intestamentaria, el Juez del conocimiento al enterarse de que efectivamente exista un Testamento Público Abierto y que sea la última voluntad expresada por el testador, el Juez deberá declinar el procedimiento hacia la forma propuesta en la conclusión anterior.

SEXTA.- De igual forma que la contenida en la conclusión cuarta, desaparece el trámite sucesorio ante Notario Público, por las razones contenidas en la conclusión ya citada.

SÉPTIMA.- También desaparece la figura del tenedor del testamento, en virtud de que el testimonio que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, será el expedido por el Archivo General de Notarias o por el Notario Público que otorgó la escritura respectiva en caso de que el libro de protocolo se encuentre ante el propio Notario Público, en base a la certificación o constancia del Instituto Nacional de Testamentos Públicos Abiertos de que dicho testamento Público Abierto es el último que otorgó el testador.

Ha habido una serie de reformas legales que pretenden la simplificación de los trámites sucesorios relacionados con el Testamento Público Abierto, incluso en el momento de testar, así por ejemplo por decreto que entra en vigor el siete de enero de mil novecientos noventa y cuatro, se determino que ya no era necesaria la presencia de testigos al dictar el Testamento Público Abierto, y ello es congruente con la realidad pues si el Notario Público tiene funciones de fedatario, resulta innecesario la presencia de los testigos cuya finalidad seria dar fe de la voluntad del testador.

El Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México, siguiendo la misma línea, en el Capitulo IX del Titulo Segundo del Libro Cuarto instituye un proceso de tramitación especial de juicio sucesorio, y en su artículo 4.83 establece: "los herederos pueden acudir al Juez para tramitar o continuar en forma especial el juicio sucesorio exhibiendo:

- I. Cópia certificada del acta de defunción del autor de la sucesión;
- II. Testamento o documentos que justifiquen su derecho;
- III. Informe del Archivo General de Notarias sobre inexistencia de testamento del autor de la herencia;
- IV. Inventario;
- V. Convenio de adjudicación.

El artículo 4.88 del ordenamiento ya citado, ordena que el Juez en una sola audiencia y en presencia de los interesados, examinará los documentos y resolverá haciendo la declaración de herederos y adjudicación de los bienes.

En el Distrito Federal se ha seguido criterio similar, y así en enero de dos mil cuatro, se publicó el veintiséis del mismo mes y año una reforma al Código de Procedimientos Civiles, estableciendo un procedimiento especial para poder tramitar el juicio sucesorio en base al Testamento Público Abierto en una sola audiencia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- 1.- "DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO
ÉXITO"
México. Editorial Océano. 1991

- 2.- "LAS SIETE PARTIDAS DEL SABIO
REY, 1798"
México. Editorial Suprema Corte de
Justicia de la Nación. 2004.

- 3.- ARCE Y CERVANTES,
José. "DE LAS SUCESIONES"
México. Editorial Porrúa, S. A. 1983.

- 4.- ASARON PELAYO, Juan
M. "SUCESIONES"
México. Editorial Mc. Graw Hill. 1997

- 5.- BAQUEIRO ROJAS, Edgar "DERECHO DE FAMILIA Y
SUCESIONES"
México. Editorial Harla. 1990

- 6.- BEJARANO SÁNCHEZ,
Manuel "OBLIGACIONES CIVILES"
México. Editorial Harla. 1984

- 7.- BORJA SORIANO, Manuel "TEORÍA GENERAL DE LAS
OBLIGACIONES"
México. Editorial Porrúa. 2001

- 8.- CONSEJO DE NOTARIOS
DE LA CIUDAD DE MÉXICO "TESTAMENTO PÚBLICO"
México. Editorial Vda. De Fco. Díaz
de León. 1905

- 9.- CONSEJO DE NOTARIOS
DE LA CIUDAD DE MÉXICO
- “CONFERENCIAS DE 1905”
México. Editorial Tipografía de la
Viuda de Francisco Díaz de León.
1905
- 10.- CUAUHTÉMOC GARCÍA
AMOR, Julio Antonio
- “EL TESTAMENTO”
México. Editorial Trillas. 2000
- 11.- DE IBARROLA, Antonio
- “COSAS Y SUCESIONES”
México. Editorial Porrúa. 1986
- 12.- GALINDO GARFIAS,
Ignacio
- “DERECHO CIVIL”
México. Editorial Porrúa. 2000
- 13.- GALINDO GARFIAS,
otros.
- “UN SIGLO DE DERECHO CIVIL
MEXICANO”
México. Editorial Imprenta
Universitaria. 1985
- 14.- IGLESIAS, Juan
- “DERECHO ROMANO”
Barcelona. Editorial Ariel, S. A. 1997
- 15.- JORDANO BAREA, Juan
B.
- “INTERPRETACIÓN DEL
TESTAMENTO”
Barcelona. Editorial Bosch.
- 16.- MANRESA Y NAVARRO,
J. Maria
- “COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL
ESPAÑOL”
Madrid. Editorial Madrid Reus.

- 17.- MARGADANT S.,
Guillermo Floris "DERECHO ROMANO"
México. Editorial Esfinge. 2004
- 18.- MATEOS ALARCÓN,
Manuel "MANUAL DE SUCESIONES Y
TESTAMENTOS SEGÚN EL
CÓDIGO CIVIL VIGENTE"
México. Editorial Herrero Hermanos.
1905
- 19.- MATEOS ALARCÓN,
Manuel "ESTUDIO SOBRE EL CÓDIGO
CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL"
México. Editorial Tipografía y
Litografía la Europea de J. Aguilar
Vera y Compañía.
- 20.- MATEOS ALARCÓN,
Manuel "LECCIONES DE DERECHO CIVIL"
México. Editorial Tipografía y
Litografía la Europea de J. Aguilar
Vera y Compañía. 1900.
- 21.- ORTOLAN, Joseph L. "EXPLICACIÓN HISTÓRICA DE LAS
INSTITUCIONES DEL EMPERADOR
JUSTINIANO"
México. Editorial Tribunal Superior de
Justicia del Distrito Federal. 2003
- 22.- OTS Y CAPDEQUI, José
Maria "HISTORIA DEL DERECHO
ESPAÑOL EN AMÉRICA Y EL
DERECHO INDIANO"
Madrid. Editorial Aguilar. 1969

- 23.- PETIT, Eugene "DERECHO ROMANO"
México. Editorial Porrúa. 2003
- 24.- PLANIOL, Marcelo y "TRATADO PRACTICO DE
Jorge Ripert DERECHO CIVIL Y FRANCÉS"
México. Editorial Tribunal Superior de
Justicia del Distrito Federal. 2002
- 25.- POLACCO, Víctor "LAS SUCESIONES"
Habana. Editorial La Propagandista.
1931
- 26.- REYNOSO, Salvador I. "SÍNTESIS DE LA DOCTRINA
SOBRE LAS SUCESIONES EN
DERECHO ROMANO"
México.
- 27.- RICCI, Francisco "DERECHO CIVIL TEÓRICO Y
PRACTICO"
Madrid. Editorial España Moderna.
- 28.- ROJINA VILLEGAS, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL
Rafael TOMO I Y II"
México. Editorial Porrúa. 1992
- 29.- ROJINA VILLEGAS, "DERECHO CIVIL MEXICANO"
Rafael México. Editorial Porrúa. 1992
- 30.- ROJINA VILLEGAS, "DERECHO HEREDITARIO O
Rafael SUCESIONES"
México. Editorial El Nacional. 1942.

31.- SERRANO, Alonso
Eduardo

"MANUAL DE DERECHO DE
SUCESIONES"

Madrid. Editorial Mc. Graw Hill. 1997

32.- UNIVERSIDAD DE VIGO

"IV CONGRESO IBEROAMERICANO
DE DERECHO ROMANO"

España. Editorial Uni. Vigo. 1998

33.- URIBE, Luís F.

"SUCESIONES EN EL DERECHO
MEXICANO".

México. Editorial Jus, S. A. 1962

LEYES

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
2. Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la Republica en Materia Federal 1870.
3. Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la Republica en Materia Federal 1884.
4. Código Civil para el Distrito Federal 2004.
5. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
6. Ley del Notariado del Distrito Federal
7. Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal.
8. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.
9. Anales de Jurisprudencia, Índice General 1980

PAGINAS WEB

www.iabogado.com/esp/guialegal.cfm

www.ordenjuridico.gob.mx/septestamentos.php

www.consejeria.df.gob.mx/legislativos/archivo_general/organ_fond.html

www.consejeria.df.gob.mx/rppc

OTRAS FUENTES

Diario Oficial de la Federación.

Diccionario Jurídico 2000. Copyright Desarrollo Jurídico