

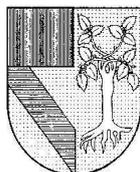
UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

ANA MARÍA DE JESÚS SALAS GUTIÉRREZ

**REVOCACIÓN DEL ALBACEA TESTAMENTARIO,
FACULTAD EXCLUSIVA DEL TESTADOR, LOS
HEREDEROS SOLO PODRÁN REVOCAR AL
ALBACEA QUE ELLOS MISMOS HAYAN
DESIGNADO**

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86

Zapopan, Jalisco, octubre de 2012.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

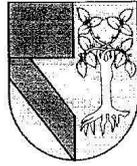
C. ANA MARÍA DE JESÚS SALAS GUTIÉRREZ
Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“REVOCACIÓN DEL ALBACEA TESTAMENTARIO, FACULTAD EXCLUSIVA DEL TESTADOR, LOS HEREDEROS SOLO PODRÁN REVOCAR AL ALBACEA QUE ELLOS MISMOS HAYAN DESIGNADO”**, presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN

DR. EDUARDO ISAIÁS RIVERA RODRÍGUEZ



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

Facultad de Derecho

Junio de 2012.

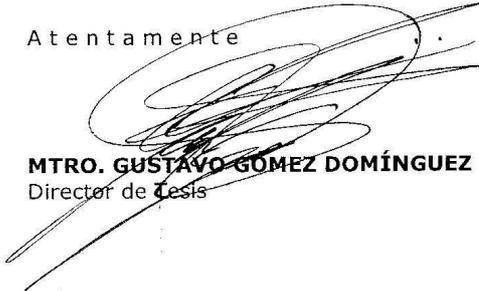
DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
Director de la Escuela de Derecho
P r e s e n t e.

Por medio del presente me permito hacer de su conocimiento que **ANA MARÍA DE JESÚS SALAS GUTIÉRREZ**, quien cursó la Licenciatura en Derecho, ha concluido satisfactoriamente su trabajo de tesis titulado: **"REVOCACIÓN DEL ALBACEA TESTAMENTARIO, FACULTAD EXCLUSIVA DEL TESTADOR, LOS HEREDEROS SOLO PODRÁN REVOCAR AL ALBACEA QUE ELLOS MISMOS HAYAN DESIGNADO"**.

Manifiesto que después de haber sido dirigida y revisada por el suscrito, reúne todos los requisitos técnicos y académicos para solicitar fecha de Examen Profesional.

Agradezco de antemano la atención al presente.

Atentamente



MTRO. GUSTAVO GÓMEZ DOMÍNGUEZ
Director de Tesis

DEDICATORIA

A mi padre, gracias por enseñarme a vivir, amar y disfrutar la vida.

A mi madre, gracias por ser una extraordinaria mujer, y sobre todo por ser una madre tan valiente. Te admiro.

A mi hermana Mónica, gracias por que siempre has estado a mi lado y me has brindado tú apoyo y cariño incondicional.

A mi amiga Sofía, gracias por tus consejos, apoyo, pero sobretodo hiciste que cada día de la universidad valiera la pena.

A mi esposo Jaime, gracias por tu amor, entrega incondicional y por que nunca dejaste de creer en mí, gracias por que sin ti esto no hubiera sido posible. Te amo.

ÍNDICE

	Páginas
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO I. TESTAMENTO	10
1. El testamento en Roma	10
1.1 Preámbulo	10
1.2 Historia del testamento en Roma	11
1.2.1 Testamentos en el Derecho Civil	14
1.2.2 Testamento en el Derecho Pretoriano	16
1.2.3 Testamento en el Derecho del Bajo Imperio	17
1.2.4 Testamento en la Época de Justiniano	17
2. Testamento en el Derecho Francés	18
a) Regiones de Derecho Escrito	19
b) Regiones de Derecho Consuetudinario	19
b.1) Bienes Propios	20
b.2) Muebles y Gananciales	20
3. El Testamento en México y Jalisco	22
3.1 Testamento Conforme el Código Civil del Estado de Jalisco Vigente	29
CAPITULO II. LA SUCESIÓN AB INTESTATO O INTESTAMENTARIA	32
1. La Sucesión <i>Ab intestato</i> en Roma	32
1.1 Generalidades	32
1.2 Apertura y Adquisición de la Sucesión <i>Ab Intestato</i>	32

1.3 Sucesión <i>Ab Intestato</i> en la Ley de las XII Tablas	33
a) Herederos Suyos	34
b) Los <i>Agnados</i>	34
c) Gentiles	35
1.4 Derecho Pretoriano	35
1.4.1 La <i>Bonorum Posesiones</i>	35
1.4.2 Estudio de las <i>Bonorum Posesiones Ab Intestato</i>	36
a) <i>Under Liberi</i>	36
b) <i>Under Legitimi</i>	37
c) <i>Under Cognati</i>	37
d) <i>Under Vir Et Uxor</i>	37
1.5 Clases de Herederos según las Constituciones de Justiniano	37
2. Sucesión Intestamentaria en el Derecho Francés	38
2.1 Antecedentes	38
3. Sucesión Intestamentaria en el Código Civil del Estado de Jalisco	39
3.1 Antecedentes	39
3.2 Casos en que se Abre una Sucesión Intestamentaria	39
3.3 Orden de los Herederos	40
4. Albacea en la Sucesión Intestamentaria	41
CAPITULO III. LA VOLUNTAD	42
1. La voluntad en el Derecho Romano	42
2. La Voluntad en el Derecho Francés	44
3. La Voluntad en el Código Civil del Estado de Jalisco Vigente	46
3.1 Diferentes Significados de la Palabra Voluntad	46
4. Teorías de la Voluntad	49
a) Teoría de la Voluntad Real o Interna	49

b) Teoría de la Voluntad Declarada	50
5. Interpretación de la Voluntad en el Código Civil de Jalisco	50
CAPITULO IV EL ALBACEA TESTAMENTARIO	52
1. Antecedentes Históricos de la Figura del Albaceazgo Testamentario	52
1.1 Referencias Históricas de la Figura del Albacea Testamentario en el Código Civil de Jalisco	57
2. Naturaleza Jurídica del Albaceazgo	58
3. Nombramiento de un interventor	62
4. Clases del Albacea	66
4.1 Atendiendo a su Número	66
4.1.1 Unitario o Universal	66
4.1.2 Mancomunado	66
4.2 Albacea conforme al origen de su designación	67
4.2.1 Testamentario	67
4.2.2 Convencional o legítimo	67
4.2.3 Judicial	68
4.3 Albacea Atendiendo a sus Facultades	68
4.3.1 Sucesivos	68
4.3.2 Especiales	69
5. Características de la Figura del Albaceazgo	69
a) Voluntario	69
b) Oneroso	70
c) Personal	70
d) Cargo de confianza	70
e) Temporal	71
f) No requiere una declaración solemne del juez	71

6. Condiciones para ser albacea	71
7. Obligaciones del Albacea Testamentario	72
a) La Presentación del Testamento	72
b) Aseguramiento de los Bienes de la Herencia	72
c) Formación de Inventarios	73
d) Administración de los Bienes Hereditarios	73
e) Rendición de cuentas	73
f) Pagar las Deudas Mortuorias, Hereditarias y Testamentarias	74
g) Garantizar su Manejo	74
h) Partición y Adjudicación de los Bienes	74
i) Defensa de la Validez del Testamento en Juicio y fuera de él	74
j) Defensa de la Herencia en Juicio y Fuera de él	75
k) Representar a la Sucesión	75
l) Entregar al Ejecutor Especial lo Necesario para su Encargo	75
m) Las demás que Imponga la Ley	76
8. Terminación del cargo de albacea, conforme al Código Civil del Estado de Jalisco	75
a) Por término natural del encargo	75
b) Por la muerte del Albacea	76
c) Por Incapacidad Legal del Albacea	76
d) Por Excusa que el Juez Califique de Legítima	76
e) Por la Terminación del Plazo Señalado por la Ley o las Prórrogas Concedidas para el Desempeño del Albaceazgo	77
f) Por Revocación del Nombramiento Hecha por los Herederos	77
g) Por Remoción	77
9. Causas de terminación del cargo de albacea en el derecho comparado	78
9.1 Causas de Terminación del Cargo del Albacea en el Derecho Argentino	78

9.2 Causas de Terminación del Albaceazgo en el Derecho Francés	79
---	-----------

CAPITULO V: REMOCIÓN Y REVOCACIÓN DEL ALBACEA

TESTAMENTARIO	81
----------------------	-----------

1. Remoción del Cargo de Albacea	81
---	-----------

2. Revocación del Cargo de Albacea	83
---	-----------

3. Jurisprudencia y Tesis Aisladas	88
---	-----------

4. Problemática	90
------------------------	-----------

Conclusiones	93
---------------------	-----------

Propuestas	99
-------------------	-----------

Abreviaturas	101
---------------------	------------

Bibliografía	102
---------------------	------------

INTRODUCCIÓN

La presente obra, que es el medio con el que pretendo obtener el título de licenciada en derecho, se desarrolla con el planteamiento de la problemática consistente en que con la redacción actual de los artículos 3073, 3074, 3095 fracción VI y 3096 del CCJ, el legislador contraviene el significado gramatical del vocablo revocación y se contrapone con los antecedentes históricos contemplados en los derechos romano, internacional y local, toda vez que permite que los herederos, dentro del trámite del juicio sucesorio, puedan revocar al albacea testamentario, pasando con ello por alto el respeto a la voluntad del autor de la sucesión en cuanto a su decisión de la persona que, aún en vida y con plenitud de conciencia, elige para que después de su fallecimiento vigile que se cumpla su disposición testamentaria; consecuentemente, la hipótesis que aquí se plantea es bajo la suposición de que llevándose a cabo las modificaciones necesarias en la redacción de los mencionados artículos 3073, 3074, 3095 fracción VI y 3096 del CCJ vigente, se logre limitar la facultad que en la actualidad tienen los herederos para revocar al albacea testamentario en cualquier momento dentro del juicio sucesorio y que en virtud de ello, la revocación del albacea testamentario, sea una potestad exclusiva del testador, lo anterior, con fundamento en que la designación del o de los albaceas que hace el autor de la sucesión en su testamento, forma parte integrante de su voluntad expresada deliberada y consientemente, misma que siempre ha sido respetada en los mencionados antecedentes históricos contemplados en los derechos romano, internacional y local, hipótesis la cual se formula con fundamento en la naturaleza del albaceazgo que es considerado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un mandato *postmortem*, lo que implica que el mandatario no debe poderse revocar por persona diversa a quién le otorgó el poder, misma hipótesis que tendrá como consecuencia que los herederos puedan revocar al albacea que ellos mismos hayan designado, pero que a su vez estén impedidos para revocar, dentro del juicio sucesorio, al albacea que designe el testador. Para el desarrollo de este trabajo se empleará la metodología de investigación bibliográfica de doctrina jurídica y de antecedentes históricos legislativos del derecho romano, internacional y local.

CAPÍTULO I. TESTAMENTO

1. El Testamento en Roma.

1.1 Preámbulo

La muerte provoca, como consecuencia natural e inevitable, la desaparición física de la persona, este hecho natural genera el problema de determinar la suerte de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; es evidente que la muerte sugiere una necesaria discontinuidad en un elemento primordial de la relación jurídica, como es el sujeto, ante dicha situación natural, el derecho romano en la antigüedad partió de una de las ficciones más arraigadas: la continuación o continuidad de la persona del causante por el sucesor universal;¹ es oportuno señalar que el concepto de sucesor universal, parte del principio de que el patrimonio del difunto se mantiene en unidad, con sus derechos y obligaciones, que pasa al heredero o a los herederos sin desarticularse en varios grupos de bienes, por el contrario es uno e indiviso, con lo que se establece el principio de que cada heredero hereda todo el patrimonio, por lo tanto si son varios herederos, el patrimonio se divide por partes ideales o alícuotas, por consiguiente nadie hereda una cosa determinada, de tal manera que los derechos hereditarios siempre versan sobre el patrimonio en su totalidad, comprendiendo el activo, pasivo, bienes, créditos y obligaciones: *in universum jus defuncti*.²

Autores como Kohler³ señalan que el derecho romano primero reglamentó la

¹ ZANONI, Eduardo, A., *Derecho de las Sucesiones*, Tomo I, Buenos Aires. Editorial Astrea, 1982, pp.1 y 6.

² SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, Tr. Wenceslao Roces, México, Antigua Librería Robredo, 1951, pp.310 a 316.

³ Señala este autor que los antecedentes de los regímenes de libre testamentación y de legítima pasaron por el siguiente desarrollo: En los pueblos primitivos existía la propiedad colectiva y solo se gozaba en vida, nunca había transmisión hereditaria y era una especie de copropiedad familiar, con el paso del tiempo se permitió la separación del patrimonio de familia sólo en los bienes muebles, después se reguló la individualización de todo el patrimonio colectivo inmueble, reconociendo el derecho del propietario de poder disponer de sus bienes por contrato, más no por muerte, el reconocimiento de una propiedad individual trajo consigo que se reconociera a la persona la facultad de celebrar un pacto sucesorio con carácter de irrevocable, para

sucesión legítima⁴ y posteriormente lo hizo con la testamentaria que se admitió hasta las XII tablas por la dificultad que implicaba darle efectos a una declaración de voluntad que actuaba hasta que el sujeto desaparecía y por la necesidad de proteger el patrimonio familiar; pero hay autores como Eugenio Petit que señalan que las sucesiones testamentaria y *ab intestato* han coexistido desde el inicio de Roma y la ley de las XII tablas solo sancionaba costumbres que desde tiempo atrás estaban en vigor. De hecho y durante los primeros siglos, raramente se usaba el derecho de testar cuando había hijos, pues todos eran designados para recoger los bienes sobre los cuales ya tenían una especie de copropiedad. Pero a medida que las formas del testamento brindaron más fácil acceso, en la práctica, casi siempre el padre de familia testaba antes de morir.

1.2 Historia del Testamento en Roma.

La voz testamento proviene del latín *testamentum*, procedente de la *testatiomentis*, que significa testimonio de la voluntad;⁵ El testamento, desde su origen fue considerado como una declaración de voluntad hecha ante testigos, quienes en un inicio tuvieron el papel de colaboradores y con el transcurso del tiempo no solo se limitaban a testificar, sino que aprobaban la declaración o mención que ante ellos hacía el testador para la designación de su heredero. Mucho se ha discutido sobre la participación del pueblo en el testamento; algunos autores como Karlowa, dicen que solo actuaba como testigo, pero Ihering le otorga a esa participación un carácter legislativo, esto se da porque el testamento, por su naturaleza derogaba el derecho consuetudinario regulador de las transmisiones de bienes, y esa derogación sólo

transmitirlo cuando haya muerto, pero esta característica tuvo un sin fin de problemas lo que trajo consigo que se le diera a ese pacto el carácter de revocable, pues la propiedad individual no solo es de dominio vitalicio, si no perpetuo.

⁴ ROJINA, Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Sucesiones*, Tomo IV, Volumen II, México, Antigua Librería Robredo, 1958, pp. 89 a 94.

⁵ LAGRANGE, Eugenio, M. *Manual del Derecho Romano, Explicación de las Instituciones de Justiniano*. Tr. José Vicente y Caravantes, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1889, p. 235.

podía hacerse por una ley nueva, esto es, por un acuerdo del pueblo reunido ante los comicios.

El testamento fue definido por Ulpiano⁶ y Modestino,⁷ su discípulo. Para el primero, "*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*".⁸ Para el segundo "*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*".⁹ Tales definiciones, no llegan a darnos la verdadera idea romana del testamento ni a configurar a la institución con sus características específicas, pues omiten la referencia a diversos elementos, algunos de los cuales juegan un papel vital, como la institución de heredero,¹⁰ cláusula de fondo que tenía por objeto conferir al instituido la calidad de *heres* y que no podía faltar porque el testamento era *ab intio*, que significa nulo.

En la opinión del Doctor Luis Rodolfo Argüello,¹¹ los romanos definían al testamento:

Como la declaración solemne de voluntad por la que una persona instituye heredero con el objeto de transmitir la titularidad de todos los derechos que integran su patrimonio a la vez que podía incluir otras disposiciones de carácter personal o patrimonial, cómo legados, nombramiento de tutores, manumisión de esclavos.¹²

En opinión de dicho autor, "El testamento ofrece la peculiaridad de que es un negocio de Derecho Civil y, por consiguiente, privativo de los ciudadanos romanos".¹³

⁶ *Ibid*, pp. 176 y 178, Apud. Ulpiano, 20,1.

⁷ *Ibid*, p. 176. Apud. Modestino, Digesto 28, 1,1.

⁸ El testamento es la justa decisión de nuestra mente y realizada solemnemente para que produzca efectos después de nuestra muerte.

⁹ El testamento es la justa expresión de voluntad, respecto a la que cada cual quiere que se haga después de su muerte.

¹⁰ Cuando un jefe de familia moría, era elemental que no se interrumpiese su *sacra privata*, y para asegurar su perpetuidad, los pontífices decidieron que hubiera heredero para la fortuna del difunto en quien también recaía la carga de su culto privado, por lo tanto dicho heredero adquiriría el patrimonio íntegro del difunto, salvo los derechos que se extinguían con la muerte del testador, y a su vez era considerado propietario, acreedor y deudor de los bienes, derechos y obligaciones del difunto, pudiendo ejercer acciones y ser perseguido por los acreedores.

¹¹ ARGÜELLO, Luis Rodolfo, "*Testamentum*", Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Tomo XXVI, 1981, p.176.

¹² *Ibid*, p.176.

¹³ *Idem*.

Estas particularidades que se presentaron en el testamento romano le dieron a la institución su propia fisonomía que permite distinguirla como:

Un negocio jurídico *mortis causa*, porque sus efectos recién se producen con el fallecimiento de la persona que lo otorgó y de última voluntad porque es esencialmente revocable ya que el testador puede cambiar sus disposiciones mientras viva, destruyendo el precedente testamento y sustituyéndolo por otro nuevo.¹⁴

El mismo autor refiere al jurisconsulto Ulpiano, quien expresó “*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*”,¹⁵ que significa: La voluntad del testador es cambiante hasta el último momento de su vida; y señala que, según Gayo, “El testamento descansa exclusivamente en la voluntad del testador y por tal razón lo calificamos como negocio unilateral”.¹⁶

El testamento era personalísimo desde que la voluntad solo podía manifestarse por el propio otorgante y no a través de representante alguno; por ser un negocio esencialmente solemne, era inadmisibles que la voluntad del testador se manifestara de forma cualquiera, siempre estaba rodeado de ciertos requisitos necesarios para probar la voluntad del testador de la manera más auténtica, por lo tanto todas las características antes mencionadas tenían como finalidad evitar la suplantación de la voluntad del testador.

Se pudo hablar de los testamentos como disposición de bienes y obligaciones para después de la muerte, hasta que surgió la facultad de testar,¹⁷ el principal detonante para poder hablar de esta figura es la división que se dio entre la

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ La capacidad de testar recibió en Roma el nombre de *Testamentifictio* pasiva y activa, esta última era la capacidad de ser heredero o legatario y la primera era el derecho de hacer testamento, pero la capacidad también se basaba en que el hombre fuera libre, ciudadano romano y *sui juris*.

propiedad de la familia¹⁸ y las cosas propias del jefe de familia, donde en la primera los bienes eran designados sólo a los parientes más cercanos, lo que hoy se conoce como sucesión legítima, mientras que en la segunda el jefe de familia tenía la libre disposición respecto de sus bienes.

La evolución del testamento en Roma se hizo evidente a través de su historia porque paso de ser una figura complicada a una más llevadera con la que se podía dar solución a las nuevas necesidades que se presentaban en la sociedad respecto de los bienes y obligaciones que el testador dejaba para después de su muerte. Gracias a esta evolución y a las características que aportó el derecho romano al testamento, sirvió como referencia y modelo para legislaciones posteriores. Los testamentos en roma variaron según la época y diferentes formas de testar fueron admitidas tanto por el derecho civil como por el derecho pretoriano,¹⁹ en las Constituciones Imperiales y en la época de Justiniano.

1.2.1 Testamentos en el Derecho Civil.

En Roma, sólo se podía testar de dos formas en el derecho antiguo: testamento “*calatis comilis*” y testamento “*in procinctu*”. El primero sólo podía otorgarse en tiempo de paz, con la intervención de los comicios por curias, y en presencia de los pontífices, quienes eran los que convocaban y probablemente presidían los comicios, donde el jefe de familia declaraba a quién designaba heredero; se cree que el pueblo

¹⁸ La palabra familia, se emplea en derecho romano de dos formas; en el sentido propio se entiende como la reunión de personas colocadas bajo la autoridad de un jefe único; la familia comprende al *paterfamilias*, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y a la mujer que está en una condición análoga a la de una hija. En el otro sentido la palabra *familia*, cuyo caso es el más común, se compone de agnados, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil; el *paterfamilias*, y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado *agnatio*, ésta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos, que hechos *sui juris*, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias; todas estas personas se consideran pertenecientes a una misma familia civil.

¹⁹ El autor Lagrange, en su obra titulada Manual del Derecho Romano, comenta que este testamento ya existía desde el tiempo de Cicerón, y es probable que se utilizara para que los habitantes de las provincias y los *peregrini* pudieran testar, pues estos no podían hacerlo por no ser ciudadanos romanos.

intervenía a efecto de convalidar ese acto público – religioso. La segunda forma de testar se otorgaba en tiempos de guerra, delante del ejército, el jefe de familia declaraba su voluntad ante sus compañeros de armas y de esta manera sustituían a la asamblea del pueblo.²⁰

Las anteriores formas de testar fueron cayendo en paulatino desuso, por lo tanto, surgió así una tercera forma de testamento llamada *per aest et libram*, que trajo la facilidad de testar en cualquier tiempo, figura la cual se conoció como la mancipación, mediante la que se realizaba una venta real y efectiva de la herencia por un precio imaginario entre el testador y el *familiar emptor* que tomaba el lugar del heredero, con la participación de cinco testigos ciudadanos, el *librepens* que tenía la balanza y el pedazo de metal que representaba el precio y el testador que de manera oral ordenaba las disposiciones que quería que se cumplieran para después de su muerte. Este testamento contaba con muchas imperfecciones, pues era irrevocable a diferencia del testamento *calatis comitis*, que conforme a la ley de las doce tablas el acuerdo posterior anula al anterior, pero el testamento *per aest et libram* no podía tener esa característica, pues contenía una verdadera enajenación del patrimonio, cuyos bienes pasaban al *familiar emptor* y su cumplimiento dependía de su buena fe, sin existir acciones para exigirlo.

Los diversos inconvenientes que creaba el *testamentum per aest libram*, por la falta de acción u otro medio jurídico idóneo para que los herederos pudieran exigir al *familiar emptor* el cumplimiento de las instrucciones dadas por el testador, es la principal razón por la que surgió el testamento *per aes et libram* perfeccionado, en el que el *familiar emptor*, ya no era considerado un heredero, si no sólo un testigo de confianza con la finalidad de que entregara los bienes al heredero; al ser

²⁰ BAÑUELOS, Froylan. *De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos*, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1975, Formularios, pp.121 y 125.

perfeccionado éste testamento comprendió la *mancipatio*, que era el momento en que el testador declaraba que el patrimonio estaba a título de depósito, y la *nuncupatio*, que era el momento en que el testador daba a conocer el nombre del heredero y las disposiciones testamentarias.

La evolución jurídica dentro de las formas del testamento llegó a admitir que se pudiera testar oralmente, haciendo conocer de viva voz y delante de siete testigos la designación del heredero y las disposiciones testamentarias; a este testamento se le conocía como *nuncupativo*.

1.2.2 Testamento en el Derecho Pretoriano.

El pretor rebajó las solemnidades del testamento *per aes et libram*, prescindió de la *mancipatio*, interviniendo solo como simples testigos el *libripens* y el *familiar emptor*; la designación del heredero podía hacerse de forma oral o escrita, exigiendo en esta última que las tablas estuvieran selladas por siete testigos. Los testamentos otorgados conforme al derecho pretoriano no eran válidos,²¹ por inobservarse las formalidades de la *mancipatio*, por eso el pretor otorgaba la validez de estos a través de la *bonorum possessio secundum tabulas* si el testamento había sido otorgado por escrito y la *bonorum possessio secundum nuncupationem*, cuando se otorgaba oralmente.

²¹ Desde una época bastante remota existía el testamento civil y pretorio, donde el pretor dispensaba al testador de las formalidades de la emancipación y aun de la usucapión, reduciendo la participación del *libripens* y del *familiar emptor* a simples testigos, por lo tanto, este testamento privado de las formalidades civiles, nulo por consiguiente, según la ley civil, no podía conferir la herencia propiamente dicha; pero le daba efecto el pretor, concediendo a los herederos así instituidos, la posesión de los bienes del difunto más ésta no era una posesión definitiva, pues solo era una posesión *sine re*, por la simple razón de que no podía prevalecer sobre un testamento de derecho civil.

1.2.3 Testamento en el Derecho del Bajo Imperio.

De las reglas del derecho civil, derecho pretoriano, y de las constituciones imperiales, nació un nuevo testamento llamado *Tripertitum*, que fue designado así porque se produjo por la fusión de los elementos dados por los testamentos del derecho civil, pretoriano y otros que fueron creados por el derecho imperial, “La presencia de los testigos y su concurrencia en un solo acto son requisitos del antiguo *ius civile*, los sellos, el número de testigos y la *adscriptio* son impuestos por el edicto del pretor y finalmente, las suscripciones del testador y los testigos son exigencias que consagran las constituciones imperiales”.²²

1.2.4 Testamento en la Época de Justiniano.

Finalmente, en el tiempo de Justiniano, existieron los testamentos públicos y privados; los primeros, en sus inicios se otorgaban de forma oral ante la curia romana y posteriormente ante el presidente o gobernador de las provincias, que era el juez ordinario, estos se entregaban al príncipe para que fueran registrados y depositados en los archivos imperiales; los segundos, se realizaban sin la intervención de autoridad alguna, pudiendo el testamento ser de forma oral o escrita. De manera oral se hacía de viva voz ante testigos y en el idioma que éstos conocieran. Si era por escrito este era redactado y escrito por el testador o bien contando con la intervención de otra persona que estaba obligada a suscribirlo en presencia de testigos.

Además de todo ello, se introdujeron reglas específicas para los testamentos especiales, verbigracia el del ciego, el de tiempo de pestes, y el militar.

²² ARGÜELLO, op. cit. p. 177. Apud. Instituciones, 2,10 ,3.

2. Testamento en el Derecho Francés.

La legislación de las liberalidades²³ en el antiguo derecho francés, se estableció bajo un entorno bastante hostil y severo, debido a que se consideraba que toda transmisión de carácter gratuito era sospechosa a los ojos del legislador, teniéndose la concepción de que la voluntad del disponente no había sido lo suficientemente libre y consiente, o que su intención era burlarse de los acreedores; pero el factor más determinante para considerar a las liberalidades con cierto rechazo, se debió a la concepción que se tenía de la propiedad, donde los bienes tenían que pertenecer solo a la familia, lo que provocaba que las liberalidades fueran rechazadas porque generaba que los hombres en muchos de los casos privaran a sus familiares de los bienes que les correspondían.²⁴

Por otro lado, las liberalidades eran consideradas una virtud moral consistente en distribuir generosamente los bienes propios sin esperar recompensa alguna, implicaba a su vez un desprendimiento del donador o testador, por lo que su característica primordial era la gratuidad.

A través del tiempo, las liberalidades encontraron un soporte jurídico, basado tanto en su característica principal de gratuidad, como en las concepciones que se empezaron a tener de la propiedad individual, donde los bienes eran del propietario y podía transmitirlos después de su muerte.

En el antiguo derecho Francés existía una dualidad legislativa establecida por

²³ Se conoce como liberalidad tanto a aquel título gratuito de un acto jurídico consistente en la inequidad voluntaria entre las obligaciones recíprocas de las partes; como a la creación voluntaria de una obligación sin contra- prestación. Bajo estas hipótesis se produce un enriquecimiento a favor de una de las partes y un empobrecimiento de la otra, no como efecto de un error, de un engaño o de una necesidad, sino porque la parte que se empobrece obra de modo desinteresado. Bajo este contexto se tiene que el derecho francés solo considera como liberalidades la transmisión de bienes patrimoniales hecha a título gratuito entre vivos o después del fallecimiento, esto es, las donaciones y los testamentos respectivamente.

²⁴ ARAUJO, Valdivia, Luis, *Derecho de las cosas y Derecho de las Sucesiones*, Puebla, México, Editorial Cajica, 1965, p.391.

regiones:

a) Regiones de Derecho Escrito.

El tema sucesorio era marcado predominantemente por el derecho romano que se dio a partir de la época de Justiniano,²⁵ formulado en las Novelas 118 a 127, el cual tenía como principal legado dos clases de sucesiones: la testamentaria y la *ab intestato*; la sucesión testamentaria, derivaba de la voluntad del difunto, cuyo objeto principal era la institución de heredero, a falta de esta se abría la sucesión legal o *ab intestato*, y se efectuaba según el orden presunto de las afecciones del difunto, es decir, según la proximidad de la sangre, ésta sucesión comprendía todos los bienes del *de cuius* con sus activos y pasivos.²⁶

b) Regiones de Derecho Consuetudinario.

Estando impregnado de las tradiciones del derecho germánico,²⁷ donde sólo se conocía el régimen de la sucesión legítima, el testamento fue admitido gracias a la influencia de la Iglesia, pero solo sirvió para hacer legados, incluso los parientes más lejanos podían pretender la legítima sin poder el testador conferir beneficio a un extraño, esto se explica por que la idea dominante ya no era seguir el orden de las afecciones del difunto, sino la cohesión patrimonial y el deber familiar. De lo anterior se desprende que en la herencia de las regiones de derecho consuetudinario inicialmente se distinguieron dos categorías de bienes:

²⁵ En épocas anteriores se consideraba al testamento en el derecho romano, una organización de la sucesión en el seno de la familia.

²⁶ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H, *Curso Elemental de Derecho Civil*, tomo VII, Tr: Demofilo de Buen, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2002, pp. 7 y 8.

²⁷ El derecho germánico de las regiones del derecho consuetudinario consagró el principio de que Dios creaba a los herederos y no el hombre, los herederos eran por la sangre, independientemente de la voluntad del hombre, por lo tanto el testamento no podía crear herederos.

b.1) Bienes Propios:

A esta categoría la constituyen los inmuebles provenientes de la familia, que se transmiten a los individuos de la misma línea,²⁸ correspondiéndoles a los familiares cuatro quintas partes de los bienes.²⁹

b.2) Muebles y Gananciales:

En esta diversa categoría el *de cuius* podía disponer de los bienes muebles dado su escaso valor, así como también de los gananciales consistentes en los bienes adquiridos por el autor de la sucesión que no provenían de la familia, a los cuales por influencia de las reglas romanas se les llegó a establecer una reserva para los parientes pobres, conocida como la legítima.³⁰

Así pues, en el derecho consuetudinario evolucionado existieron dos sucesiones diferentes, la de los bienes propios y la de los muebles o gananciales, a la que se les aplicaba su correspondiente legítima. Posteriormente, en las regiones de derecho consuetudinario existía una tercera masa de bienes consistente en los feudos o *alodios* nobles³¹ cuya transmisión hereditaria estaba sometida a reglas de primogenitura³² o de masculinidad,³³ con la finalidad de mantener el esplendor de las familias nobles.

El derecho revolucionario francés no trajo consigo una reforma importante en el

²⁸ Esto se explica bajo la regla *paterna paternis, materna maternis*, donde un bien paterno se transmitía a un individuo de la línea paterna y viceversa, aún cuando se trate de un pariente lejano.

²⁹ La reserva de los cuatro quintos era considerada una protección a los herederos contra los abusos de los legados o donaciones que pudiera establecer el testador o donante, aunque se le dio más importancia a los legados por la simple razón de que en la donación el donante no solo privaba a los herederos de los bienes, sino que se privaba a sí mismo de lo que donaba.

³⁰ *Ibid*, p.9.

³¹ *Ibid*, p.10.

³² Era el privilegio del hijo primogénito respecto a sus hermanos o hermanas.

³³ Consistía en la preferencia de los herederos varones en igualdad de grado.

tema sucesorio, la preocupación principal de los revolucionarios era establecer la igualdad absoluta entre los herederos, lo que tuvo como consecuencia que la Ley del 17 nivoso del año II suprimiera el régimen especial para la sucesión de los feudos nobles,³⁴ y mantuvo una cuarta parte de la libre disposición por el temor de que el *de cuius* mejorara a uno de los hijos y de esta manera se reestableciera la sucesión noble, por lo tanto el testador solo podía favorecer con la libre disposición a un extraño.

El derecho consuetudinario, a través de la ley del 17 nivoso del año II le dio prioridad a la sucesión intestada, negándose a distinguir dos sucesiones según el origen de los bienes, adoptando así el régimen romano de la unidad de la sucesión.

Los redactores del Código Civil Francés tomaron en cuenta el derecho romano y el derecho revolucionario francés manteniendo del primero la unidad en la sucesión, sin tomar en cuenta la distinción entre los bienes propios y gananciales, y del segundo el principio revolucionario de la igualdad absoluta de los herederos, pero admitiendo que el testador podía designar la parte de la libre disposición a favor de un hijo o de un tercero extraño.³⁵

A partir de 1804, el trabajo de la jurisprudencia y el de las legislaciones posteriores han modificado aún más el régimen sucesorio, con la reaparición de la sucesión testamentaria a la que se le asimila la situación de los legatarios a título universal dándoles casi la misma condición que la de los herederos.

Grandes modificaciones han permitido que se establezca al testamento como

³⁴ La supresión del régimen de los feudos tuvo ocasionó que se eliminaran la primogenitura, masculinidad, y el principio de *Paterna paternis, materna, maternis*.

³⁵ Los redactores del Código Civil francés siguieron protegiendo a la familia al instituir una legítima cuya cuantía es menor que la legítima consuetudinaria de los cuatro quintos, pero que recae sobre todos los bienes del *de cuius*.

un acto unilateral y solemne, revocable hasta la muerte del otorgante, y por el cual éste dispone de todo o parte de los bienes que deja a su muerte.

El artículo 895³⁶ del Código Civil Francés, define al testamento como un acto por el cual un individuo dispone de sus bienes para después de la muerte.

Consecuentemente el testamento no sirve, en principio, más que para actos de disposición del patrimonio del testador, en otros términos, legados, bien universales o a título universal o bien singulares.

3. El Testamento en México y Jalisco.

En el año de 1821 la población del virreinato de la Nueva España estaba marcada por la poca movilidad social, lo que motivó la aplicación de distintos estatus jurídicos para los españoles, criollos, mestizos y castas que la integraban, en tanto que los comerciantes, mineros, universitarios, eclesiásticos y militares gozaban de fueros y privilegios diversos, originándose con ello que se dictaran disposiciones legales dirigidas a los distintos grupos de población existentes, por lo que hubo un corpus jurídico casuista, donde las disposiciones expedidas para resolver casos concretos, se entrelazaban con los usos y costumbres vigentes.

Es así como la independencia sirvió para establecer la igualdad³⁷ de todos los habitantes de la República; abolió la esclavitud, los tributos personales, las alcabalas, así como algunos fueros y privilegios. El objetivo principal de la actividad legislativa del México independiente, fue resolver la forma de estado y de gobierno de la naciente República, por lo cual se tuvo que conservar en vigor por algún tiempo la

³⁶ COLIN, op. cit. p. 5.

³⁷ La idea de igualdad no solo sería en términos económicos y sociales, sino en la paridad de todos los ciudadanos ante la ley.

legislación civil colonial.

En Jalisco el primer acto tendiente a lograr una codificación³⁸ de la legislación civil, fue en el año de 1829, cuando el Estado hizo una convocatoria a los sabios ilustres para que participaran en la elaboración de un Código Civil;³⁹ ante la falta de resultados en 1832 el Congreso del estado de Jalisco nombró una Comisión para que se redactara un Código Civil, sin que se lograra el objetivo, sin embargo, con la inquietud de contar con una legislación civil codificada, por decreto número 454 de fecha 19 de Octubre de 1875, el Congreso local determinó que se adoptara para el estado de Jalisco el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870, más nunca llegó a entrar en vigor en el estado, pues por decreto 469 se estableció que no se encontraban en vigor el Código Civil Federal y Territorios de Baja California de 1870 y de Procedimientos Civiles adoptados por el decreto anteriormente mencionado, por no haber sido publicados, además de que el gobierno de Jalisco remitió al Congreso las reformas necesarias a fin de que los códigos civiles fueran adaptados a las necesidades del Estado; de esta manera se consiguió que por decreto número 15 de fecha 30 de abril de 1883, se adoptara para el estado de Jalisco el Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870, pero con sus respectivas reformas que el gobierno le propuso al Congreso.

Pero la sociedad jalisciense seguía avanzando y reflejando nuevas necesidades, por lo que con el decreto número 3830 de junio del 1933, se le concedieron facultades extraordinarias al ejecutivo del estado de Jalisco, para que formulara y promulgara las reformas necesarias al Código Civil del Distrito y

³⁸ Desde la primera Constitución federal de 1824, predominó la idea de respetar la soberanía de los estados, de manera que no se elaboraron códigos generales; el mismo principio prevaleció en el Congreso Constituyente de 1857, dejando en libertad a los estados de expedir sus respectivos códigos, y este criterio se ratificó por el Constituyente de Querétaro de 1917.

³⁹ La importancia de que el país contara con una legislación civil se debió a la necesidad de consolidar las ideas liberales, por lo tanto Benito Juárez encargó a Justo Sierra la elaboración del proyecto, tomando en cuenta el Código de Napoleón pero este debía ser adaptado a las necesidades nacionales, proyecto el cual se aprobó por decreto de fecha 28 de noviembre de 1870, comenzando a regir el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Baja California el 1 de marzo de 1871.

Territorios Federales de 1932; con fundamento en ese decreto el Gobernador Constitucional del Estado, Sebastián Allende, expidió y promulgó el 27 de febrero de 1935, el Código Civil del estado de Jalisco que se publicó en el Periódico Oficial el 14 de mayo de 1935 y entró en vigor en 1936, en cuya exposición de motivos se indicaron los fundamentos que sirvieron a la comisión que suscribió para hacer las reformas necesarias al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales con el fin de adaptarlo para el estado de Jalisco, habiéndose determinado lo siguiente:

Para evitar todas esas consecuencias dañosas, se impulso (sic) al criterio de la Comisión la necesidad de aceptar en lo general el reciente Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, haciendo las reformas que aconseja la experiencia, suprimiendo lo que corresponde constitucionalmente a la Federación y modificando aquello que es absolutamente necesario dentro de la manera de ser y vivir de los jaliscienses (sic). Con esto se consigue los dos propósitos, o sea, el hacer lo más rápidamente posible una reforma en la legislación civil y el uniformar, hasta cierto punto, la legislación de los Estados que forman la Federación Mexicana, para no caer en las perjudiciales consecuencias que se han apuntado.⁴⁰

Como se mencionó anteriormente durante la vida del México independiente estuvieron en vigor las leyes coloniales, donde se establecía que el:

Testamento es una legítima determinación de nuestra voluntad por medio de la cual disponemos para despues (sic) de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institución (sic) directa de heredero: ó en términos más precisos: es una justa sentencia de nuestra voluntad que espresa (sic) lo que quiere se haga despues (sic) de la muerte.⁴¹

De igual manera el autor Pedro Murillo en sus notas prácticas señala que el:

Testamento es una legítima de nuestra voluntad, por medio de la cual disponemos, para después de nuestra muerte, de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institución directa de heredero. Se dice que es determinación de la

⁴⁰ Código Civil para el E. L. S. de Jalisco, *Exposición de Motivos*, Puebla, Editorial Cajica, 1933, p.7.

⁴¹ ÁLVARES, José María, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 156 y 157.

voluntad, y por esto los que no pueden tener voluntad, no pueden testar.⁴²

De las anteriores definiciones se desprende que el testamento era considerado una justa y legítima determinación de la voluntad, el cual debía seguir ciertas solemnidades,⁴³ sin que éstas últimas estuvieran sujetas al capricho de los particulares.

Después de esta definición, el Código Civil del Estado de Jalisco del año de 1887, en su artículo 3237 estableció que el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. se (sic) llama testamento, y su artículo 3238 decía: Testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por procurador.⁴⁴

El Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884, establecía en su artículo 3237 que el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento.

Con relación al Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870, derogado por decreto de fecha 14 de diciembre de 1883, en la exposición de motivos del Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1884 se determinó lo siguiente: “No puede extrañarse que se haya pensado en esa revisión, porque dicho Código comenzó a regir el 1 de marzo de 1871; y después de doce años de observancia, se siente la necesidad de introducir en él las innovaciones que una experiencia ilustrada y pericial ha venido

⁴² MURILLO, Pedro, *Practica de Testamentos*, México, Imprenta de la Voz de la Religión, 1848, p. 1.

⁴³ Estas solemnidades eran establecidas con la finalidad de que se cumpliera la última voluntad de testador; las solemnidades eran las siguientes: 1) unidad de contexto; 2) Presencia de dos testigos; 3) Escritos en papel sellado.

⁴⁴ El Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870, estableció el testamento en los mismos términos, bajo los artículos 3374 y 3375.

justificando".⁴⁵

Por lo anterior el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decretó la aprobación del Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California expedido por el ejecutivo el 31 de marzo de 1884, que entró en vigor el día 1 de junio del siguiente año; este código fue trascendental en lo referente al tema sucesorio, como lo indica su exposición de motivos que a continuación se transcribe:

Libertad de testar.- Más grave que las reformas mencionadas y de mayor trascendencia es la que la comisión propone que se haga en el Libro IV del Código Civil; hasta hoy, en nuestro país, se ha considerado que los descendientes tienen un derecho perfecto para suceder a los ascendientes en cierta parte de sus bienes, y que a su vez los ascendientes tienen el mismo derecho para suceder a los descendientes, aunque la parte que se asigna a estos sea menor que las que aquellos deben heredar, en todo caso. El Poder Ejecutivo ha iniciado sobre este punto una reforma radical, proponiendo que se deje completa libertad á las personas que hacen testamento para disponer de la totalidad de sus bienes, sin más restricciones que la de asegurar los alimentos á (sic) los que tienen derecho á (sic) percibirlos, y solamente por el tiempo que los necesiten.⁴⁶

Como se aprecia en la exposición de motivos antes señalada, el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870, contemplaba un régimen mixto, porque la libertad de testar estaba limitada por la existencia de herederos forzosos o necesarios, y sólo podía disponerse libremente de una parte muy pequeña de los bienes del testador quien tenía la obligación de respetar la legítima, es decir, la porción de herencia que debería dejar a sus hijos, a sus ascendientes, a su cónyuge y demás parientes colaterales.⁴⁷

Grandes debates no sólo a nivel nacional sino internacional,⁴⁸ surgieron

⁴⁵ LOZANO, Antonio de J., *Colección de Códigos Mexicanos Vigentes, Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Tepic y Baja California, México*, Librería de la Vda. De Ch. Bouret, 1902, pp.14 y 15.

⁴⁶ *Ibid*, p. 640.

⁴⁷ Esta situación se reprodujo en el Código Civil de Jalisco de 1887.

⁴⁸ Países como Francia, llegaron a justificar la herencia forzosa como una obligación de los padres de familia por el amor que tienen estos hacia sus hijos; a través del tiempo Francia reguló la libertad de testar de una manera limitada, pues por medio de

respecto de la libre testamentificación, tal y como se advierte en la exposición de motivos del Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884, donde con relación al nuevo capítulo IV, la Primera Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, en su dictamen sobre la materia, dice lo siguiente:

Han transcurrido quince años, y el tiempo, que madura los grandes pensamientos, viene indicando la conveniencia y justificación de hacer algunas reformas liberales en el Libro IV del Código Civil, por lo que el Ejecutivo de la Unión, interpretando debidamente los intereses sociales, vuelve á presentar al Congreso la iniciativa que en 1868 corrió tan adversa suerte, porque aun no estaba preparada la sociedad para recibirla y aceptarla como el desarrollo necesario de los derechos del hombre.

La libertad de testar no es más que el ensanche natural de la libertad individual y el complemento del derecho de propiedad.⁴⁹

Es así como el Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884 declara la libre testametificación, imponiendo la obligación de dejar alimentos a los parientes consanguíneos y al cónyuge supérstite, de lo contrario el testamento resultaba inoficioso. Es importante aclarar que este Código Civil nunca estuvo vigente en el estado de Jalisco.

Por factores económicos y jurídicos, surgió la necesidad de formar un nuevo proyecto del Código Civil para el Distrito Federal y los Territorios de la Baja California, es así como se deroga el de 1884 y entra en vigor el Código Civil del Distrito Federal de 1932.

En la exposición de motivos del Código Civil del Distrito Federal de 1932, en lo referente al libro tercero, se anotó que “En materia de sucesiones se adoptó la doble forma establecida por el Código Civil: la testamentaria y la legítima; pero en una y

la Ley de 4 Germinal del año 8° fijó las porciones de la libre disposición atendiendo al número de hijos. En cambio en Inglaterra desde un inició se aceptó la libertad testamentaria, pues estaba establecido que el padre de familia se constituía en un árbitro soberano que calificaba y decidía si sus hijos merecían o no ser herederos.

⁴⁹ LOZANO, op. cit. p. 660.

otra se establecieron restricciones que la Comisión creyó eran exigidas en los intereses sociales y las tendencias de nuestra época”.⁵⁰ Algunas de esas restricciones y tendencias, se enunciaron de la siguiente forma:

Por lo que toca a la sucesión legítima, el derecho de heredar se limitó hasta el Cuarto grado de la línea colateral, porque más allá de ese grado los vínculos familiares son muy débiles y es una ficción verdaderamente infundada suponer que el autor de la herencia quiso dejar sus bienes a parientes remotos que quizá ni conoció.

Por lo que se refiere a la sucesión por testamento, se ordenó que cuando el testador disponía de sus bienes a favor de personas que no fueran herederos legítimos, tenía la obligación de dejar a la beneficencia Pública el veinte por ciento de sus bienes...

Como novedad en el Proyecto de Código se adoptó el testamento ológrafo, es decir el testamento escrito todo él de puño y letra del testador, sin intervención del notario, ni de ningún otro funcionario, y sin que el testador este obligado a observar la enorme cantidad de ritualidades con que la ley rodea a los testamentos, bastando que exprese de una manera clara y terminante su voluntad respecto del destino que quiera dar a sus bienes para después de su muerte.

La comisión abraza la esperanza de que éste será el testamento del porvenir para la mayoría de las clases sociales, por la facilidad en su formación y por que no exige para hacerse ningunas erogaciones.⁵¹

Por su parte el CCJ de 1936 basado en el CCDF de 1932, en sus respectivos artículos 1229 y 3237, define al testamento como un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.⁵²

La historia legislativa del testamento, nos permite entender el concepto que a lo largo de los años se formó de esta figura, pues como anteriormente se indicó, el testamento en la época colonial era una justa sentencia de la voluntad, por medio de la cual el testador externaba lo que quería que se hiciera después de su muerte;

⁵⁰ GARCÍA, Tellez, Ignacio, *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano, México, 1932*, pp. 36 a 37.

⁵¹ *Idem.*

⁵² Es importante destacar que es hasta el CCJ de 1936 donde se reconoce la libertad de testar.

posteriormente el CCJ de 1887 nos otorga una definición incompleta del testamento, pues omite hablar de las características que lo distinguen de los demás actos jurídicos y restringe su objeto sólo a la disposición de los bienes. No obstante el CCJ de 1936, determina las características del testamento y amplía el objeto del mismo, logrando una idea más clara de lo que es una sucesión testamentaria.

3.1 Testamento Conforme al Código Civil del Estado de Jalisco Vigente.

El CCJ, que entró en vigor el día 14 de septiembre de 1995, en su artículo 2666 estableció:

El testamento es el acto jurídico, unilateral, personalísimo, libre y solemne por medio del cual una persona física capaz para ello, dispone de sus bienes y derechos; declara o cumple deberes para después de su muerte o realiza reconocimiento de hijo. El testamento es revocable en cualquier momento, pero esta revocación sólo tendrá efectos en cuanto a la disposición de bienes y derechos.

Como se ha expuesto, las definiciones de testamento contenidas en el Código Civil local vigente en sus diferentes épocas, son distintas entre sí, por lo que es pertinente analizar los elementos existentes en el Código Civil actual:

- El testamento es un acto jurídico unilateral.
- Es personalísimo, revocable y libre.
- Debe ser realizado por persona capaz.
- Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte o la declaración y cumplimiento de deberes.⁵³

Es importante definir el acto jurídico, el cual es una manifestación de la voluntad

⁵³ ROJINA, op.cit. pp. 9- 17.

amparada por la norma jurídica que sólo tiene la intención de producir consecuencias de derecho.⁵⁴

De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

- La existencia de una manifestación de la voluntad.
- La intención de producir consecuencias de derecho.
- Que la norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad.
- Que tenga por objeto producir los efectos o consecuencias de derecho deseados por el autor.

Pero hay actos voluntarios que producen consecuencias de derecho y que no son actos jurídicos, porque no tienen la intención de producir consecuencias de derecho, en cambio en el acto jurídico es necesario que además de ser un acto de voluntad, su autor se proponga obtener determinadas consecuencias de derecho; con respecto al testador éste manifiesta su voluntad con la intención de transmitir sus bienes, derechos y obligaciones a los herederos y legatarios, y dicha intención es reconocida por el derecho.

Durante la vida de una persona, ésta ejerce la totalidad de sus derechos patrimoniales, que pueden ser transferidos a través de actos de enajenación o de cesión y otros los adquieren; a esta primera fuente de la transmisión se le conoce como sucesión entre vivos, por que son actos jurídicos cuya eficacia es contemporánea al otorgamiento; por su parte la muerte, provoca en la persona inevitablemente, la extinción de la personalidad, con lo que se plantea inmediatamente el problema de la subsistencia o existencia del conjunto de relaciones jurídico patrimoniales que no se extinguen con la muerte de la persona, a

⁵⁴ *Idem.*

esta diversa fuente de transmisión se le conoce como sucesión *post mortem*.

La herencia puede implicar una sucesión testamentaria o legítima, es decir el patrimonio del *de cuius* puede transmitirse por su voluntad, o bien por disposición de la ley, que llama a los parientes más próximos, quienes excluyen a los más lejanos. La sucesión testamentaria puede ser a título universal, al instituirse herederos o particular, instituyendo legatarios; en tanto que en la sucesión intestamentaria siempre hay transmisión a título universal.

El común de los ciudadanos piensa que el testamento transmite únicamente riqueza que jurídicamente se traduce en bienes, olvidándose de la existencia de derechos y obligaciones antes y después de la muerte del testador, esto último deja al descubierto el doble objeto que tiene el testamento, consistente por una parte en instituir herederos y legatarios, y por otra parte ciertos deberes, pero para su existencia basta que se configure cualquiera de estos objetos.

Consecuentemente se tiene que el CCJ vigente considera al testamento como un acto personalísimo que debe realizarse por el titular del patrimonio y no por un representante, es revocable durante la vida del testador pudiendo éste variarlo cuantas veces lo desee, y no debe de haber presión física o moral sobre la voluntad del autor del testamento, por lo que se trata de un acto libre.

CAPITULO II.- LA SUCESIÓN *AB INTESTATO* O INTESTAMENTARIA.

1. La Sucesión *Ab Intestato* en Roma.

1.1 Generalidades.

A falta de heredero testamentario, se abría la sucesión *ab intestato*, llamada también legítima, porque era la ley de las XII tablas la que designaba heredero, en la que no se tomaban en cuenta los lazos de sangre y las afecciones presuntas del difunto, si no que únicamente se consideraba la constitución de la familia civil.⁵⁵

Como se vera más adelante, este arcaico sistema se modificó poco a poco, bajo la influencia del derecho pretoriano, de los senadoconsultos y de las constituciones imperiales. En la época de Justiniano se logró un sistema más equitativo.

1.2 Apertura y Adquisición de la Sucesión *Ab Intestato*.

Por principio general nunca podían existir al mismo tiempo la sucesión testamentaria y la *ab intestato*, por lo tanto para considerar que alguien moría intestado, se debía tener la certeza de que no había testamento alguno o que existiendo resultara nulo, roto ó inútil.⁵⁶

La circunstancia de que alguien muriera intestado podía ser de hecho o derecho: de hecho, si había muerto sin dejar un testamento, de derecho, si habiéndolo dejado no era admitido por considerarse nulo, roto, inútil o era invalidado

⁵⁵ PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Tr: D. José Fernández González, México, Editora Nacional, 1971, p. 586.

⁵⁶ ORTOLÁN, Joseph L., *Explicaciones Históricas de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Tomo II, Tr: Francisco Pérez Anaya, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Colección "Clásicos del Derecho", 2003, p. 6.

desde antes del fallecimiento del autor de la sucesión, esto permitía determinar cuándo se abría una sucesión intestamentaria. Si se daba una circunstancia de hecho, la sucesión *ab intestato* se abría desde el fallecimiento del *de cuius*, porque se tenía la certeza de que no existía un testamento, por el contrario, cuando había un testamento todavía válido el día del fallecimiento de su autor y con posterioridad se declaraba nulo, extinguido, roto o inoficioso, en todos estos casos se abría la sucesión intestamentaria hasta que se tenía la certeza de la inexistencia de testamento del *de cuius*.

Para determinar el orden sucesorio intestamentario, se tomaba en cuenta la existencia, capacidad, cualidad y grado de los herederos hasta el día de la apertura de la sucesión *ab intestato*, misma que podía tener lugar, como acabamos de ver, tiempo después del fallecimiento del autor de la sucesión, donde podía ocurrir que personas que fueran los parientes más próximos el día del deceso, no fueran herederos el día de la apertura de la sucesión, por que en ese intervalo de tiempo podrían morir o ser declarados incapaces, y por el contrario, podría suceder que parientes que no eran tan próximos, fueran herederos el día de la apertura de la sucesión.

Establecidas las anteriores características, se llega al orden de los herederos *ab intestato*, que se modificó progresivamente y esto dio como resultado que en cada una de las etapas que enseguida abordaremos se tuvieran diferentes ordenes de suceder.

1.3 Sucesión *Ab Intestato* en la Ley de las XII Tablas.

La Ley de las XII tablas no consideraba en ningún momento el vínculo natural de la sangre, sino sólo el vínculo civil que resultara de la patria potestad del difunto.

El orden de suceder era el siguiente:

a) Herederos Suyos.

Eran los descendientes que el día de la muerte del difunto estaban bajo su potestad y estos eran los descendientes legítimos o adoptivos colocados bajo la potestad directa del difunto, las mujeres *in manu* y los póstumos suyos nacidos en vida del ascendiente. La partición de la herencia se hacía por cabeza⁵⁷ o estirpe.⁵⁸

b) Los Agnados.

A falta de herederos suyos, la Ley de las XII tablas llamaba a los agnados más próximos. Los herederos suyos llamados en primera línea no eran más que agnados privilegiados que eran a su vez los descendientes del difunto. Los agnados llamados en segundo orden eran los parientes colaterales.⁵⁹

c) Gentiles.

Cuando no había ni herederos suyos, ni agnados colaterales, la ley llamaba a los gentiles,⁶⁰ que venían todos a la sucesión con igualdad de derechos.

⁵⁷ Se hablaba de que había una partición por cabeza cuando todos son herederos suyos del primer grado; en todos los demás casos se hacía por troncos.

⁵⁸ PETIT, op cit. p. 587.

⁵⁹ En este orden la Ley de las XII tablas no permitía la devolución, que era el derecho que tenía un heredero que repudiaba la herencia de ser substituido por otro para aceptar la sucesión, por lo tanto si el agnado más próximo se rehusaba a recibir la herencia, la sucesión pasaba al siguiente orden.

⁶⁰ La gentilidad cayó en desuso en la época de Gayo, por lo tanto desde el siglo VII se concedió al pretor que los parientes naturales del difunto los cognados, tomaran el lugar de los *gentiles*.

1.4 Derecho Pretoriano.

Al lado de las sucesiones reguladas por la Ley de las XII tablas, el pretor concibió un sistema paralelo, más equitativo y menos estrecho que el estipulado en derecho civil. La cualidad de agnado no era la única base del derecho hereditario; los parientes unidos por el lazo de sangre encontraban la justicia de sus derechos.

Estas sucesiones, establecidas por el pretor, llevaban el nombre de *bonorum posesiones*.

1.4.1 La *Bonorum Posesiones*.

El origen de esta figura es algo oscuro, lo que hace pensar que deriva del derecho que tenía el pretor, bajo las acciones de la ley de regular la posesión interina en las instancias de petición de herencia. Este arreglo se hacía siempre bajo la voluntad del pretor quien publicaba de antemano en sus edictos los principios por los cuales daría la posesión interina de la sucesión, pero sin borrar las cuestiones de derecho, que serían juzgadas ulteriormente al final del proceso.

El pretor tenía la costumbre de conceder a la persona que se lo solicitaba el título de poseedor de la sucesión, aún fuera de todo litigio,⁶¹ apoyándose sobre un testamento regular o probando que era el heredero más próximo *ab intestato*; el efecto de la *bonorum possessio*⁶² no otorgaba el título de heredero, cualidad que sólo podía dar el derecho civil.

⁶¹ La forma de pedir la *bonorum possessio* era oral o escrita por sí o por medio de mandatario dirigida al pretor; el término para presentar la demanda era de un año, para los descendientes y ascendientes, y de cien días para cualquier otra persona.

⁶² La figura de la *bonorum possessio*, en sus primeras aplicaciones, confirmaba el derecho civil, confiriéndole el éxito del heredero y le permitía, cuando era concedida ponerse en posesión de los bienes hereditarios por medio de un interdicto especial, llamado *quórum bonorum*, asegurándose de esta manera el papel, más fácil, de demandado.

Cuando el pretor concedía la *bonorum possessor* en presencia de los herederos del derecho civil, se presentaba un conflicto entre el heredero y el *bonorum possessor*, lo que tenía como resultado el triunfo del heredero del derecho civil, pues el pretor sólo aseguraba una posesión temporal a los herederos llamados por el derecho pretoriano; pues el efecto de la *bonorum possessor* no daba la cualidad de heredero, ya que ésta sólo la otorgaba el derecho civil. Estos conflictos entre el derecho civil y pretoriano trajeron consigo que a finales del siglo II de nuestra era, el sistema de sucesiones se transformara debido a que se regían por la regla que establecía que la posesión definitiva de los bienes que integraban el caudal hereditario era asegurado a quien ocupase un rango superior en el edicto del pretor; si los adversarios que aspiraban a la *bonorum possessio* ocupaban el mismo rango, se repartían la posesión de los bienes.

1.4.2 Estudio de las *Bonorum Posesiones Ab Intestato*.

a) *Under Liberi*.

Constituye el primer orden y son los hijos emancipados y los hijos dados en adopción así como los descendientes por las hijas,⁶³ en los cuales recaían las modificaciones sucesivamente introducidas en el rigor del derecho civil; de manera progresiva todos estos hijos, aunque colocados fuera de la familia y de la patria potestad del difunto, aparecían llamados a la sucesión intestamentaria de su ascendiente.

⁶³ Es importante aclarar que por la Constitución de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, se protegieron los derechos acerca de los descendientes de las hijas, decidiendo que cuando una hija, miembro de una familia y heredero suyo, hubiere muerto antes de la apertura de la sucesión abintestato, sus hijos o nietos, aunque fueran considerados extraños a la familia materna, tenían el derecho de presentarse en esta sucesión a representar a su madre.

b) *Under Legitimi.*

El pretor llamaba en segundo término a los agnados, comprendiendo los herederos suyos que hubieren descuidado la *bonorum under liberi*, por que ellos son en suma agnados privilegiados; en segundo lugar a la madre y los hijos después de haberles concedido los senadoconsultos un derecho de sucesión recíproca y por último los ascendientes *manumissor*, por la sucesión del emancipado.

c) *Under Cognati.*

Es la más importante de todas por el papel que ha jugado en las sucesiones *ab intestato*, pues llenó una laguna del derecho civil, toda vez que en lugar de llamar como tercer orden a los gentiles, llamó a los cognados del difunto.

d) *Under Vir Et Uxor.*

A falta de cognados, y en última línea, el pretor llama a la sucesión al cónyuge sobreviviente, no divorciado.

1.5 Clases de Herederos Según las Constituciones de Justiniano.

Justiniano tuvo la firmeza y el mérito de reemplazar las disposiciones de la ley de las XII tablas y los edictos del pretor, por un nuevo sistema más equitativo, basándose en las costumbres e ideas de su pueblo, teniendo como base el parentesco natural y tomando en cuenta las afecciones del difunto.

2. Sucesión Intestamentaria en el Derecho Francés.

2.1 Antecedentes.

En las regiones de derecho escrito la sucesión *ab intestato* no se abría más que a falta de heredero testamentario, para este caso eran llamados a la sucesión los parientes del *de cuius* conforme al siguiente orden:

- 1) Descendientes;
- 2) Ascendientes y;
- 3) colaterales.

En las regiones de derecho consuetudinario el sistema *ab intestato* presentaba grandes complicaciones pues los bienes de mayor valor pertenecían al grupo familiar y no al individuo, por lo tanto el jefe de familia no podía disponer de las riquezas que él mismo administraba, porque los intereses familiares eran superiores a los del jefe de familia. Además el derecho consuetudinario conservó a favor de las familias nobles las reglas de primogenitura y masculinidad para la transmisión de algunos bienes.⁶⁴

La legislación revolucionaria comenzó a establecer el principio de partición igual entre los herederos del mismo grado, con lo que se logró desaparecer los principios de primogenitura y masculinidad.

Posteriormente el Código Civil Francés fundó la sucesión legal en la sangre y en la voluntad del difunto basada en sus afecciones presuntas, estableciendo tres ordenes de parientes que pueden suceder, a saber los descendientes, ascendientes y colaterales.

⁶⁴ BOULANGER, op. cit. pp. 24,25 y 26.

3. Sucesión Intestamentaria en el Código Civil del Estado de Jalisco.

3.1 Antecedentes.

En la antigüedad se consideraba que era necesario seguir el orden de la sangre, pues al hombre lo hizo Dios nacer en el seno de una familia, es así como el derecho indígena establecía que un miembro de la familia, que por lo general era el hijo mayor del difunto recibía una parcela, la que debía cultivar y nadie podía privarlo de su usufructo mientras cumpliera su obligación.⁶⁵

Con el transcurso del tiempo, se reconoció que el hombre tenía la libertad de disponer de sus bienes por medio del testamento o bien podía optar por una sucesión intestamentaria, basada en la voluntad, preferencias y afectos naturales del difunto, establecidos por la ley.

La sucesión intestada se denomina legítima por ser la ley la que dispone la forma de liquidar el patrimonio del difunto, lo que significa que la norma suple la voluntad del *de cuius*.

3.2 Casos en que se Abre una Sucesión Intestamentaria.

El artículo 2908 del CCJ vigente establece los casos en que se abre una sucesión legítima y estos son:

- I. No hay testamento o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;
- II. El testador no dispuso de todos sus bienes;
- III. No se cumpla la condición impuesta al heredero, y
- IV. El heredero muera antes que el testador, repudie la herencia o es incapaz de heredar, si no se

⁶⁵ IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, México, Editorial Porrúa, 1986. p. 897.

le ha nombrado sustituto.

3.3 Orden de los Herederos.

Es importante acreditar con sus respectivas actas de nacimiento el grado de parentesco⁶⁶ que exista con el *de cujus* para precisar quienes pueden ser llamados a la sucesión intestamentaria. Es importante mencionar que los parientes colaterales hasta el cuarto grado podrán ser herederos, si no existieran parientes colaterales dentro del cuarto grado, heredará el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Jalisco. Por su parte los ascendientes y descendientes no tienen límite de grado para ser herederos.

Para determinar los grados de parentesco se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye el parentesco. La línea es recta o transversal. En la recta encontramos la materna y la paterna.
- La línea recta está integrada por la serie de grados entre personas que proceden unas de otras (abuelo, hijos, nietos); La trasversal está compuesta por la serie de grados entre personas que, sin descender una de otra, proceden de un mismo tronco común.⁶⁷

Existen algunas reglas que nos ayudan a determinar las personas que pueden ser herederos legítimos:

⁶⁶ Hay dos tipos de parentesco: por consanguinidad y por afinidad; el primero es el que se da entre personas que vienen del mismo tronco común, en cambio el segundo es el que se adquiere por matrimonio o concubinato entre el hombre y la mujer.

⁶⁷ LOZANO, Tomás, *Testamento, Sucesiones y Algo Más*, México, Editorial Océano, pp. 103 a 104.

1. Los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos.
2. Los parientes del mismo grado heredan por igual.
3. El parentesco por afinidad no da derecho a heredar.
4. Si a la muerte del padre sólo existieran hijos, todos ellos heredan por igual.
5. Si concurren hijos y cónyuge supérstite, éste hereda como si fuera un hijo.
6. De no existir parientes dentro del cuarto grado, el caudal hereditario se otorgará a la beneficencia pública.⁶⁸

Como se puede apreciar, en la sucesión legítima, la legislación civil local sustituye la expresión de la voluntad del autor, con una interpretación del orden natural de las afecciones del difunto, con el propósito de consolidar así la tranquilidad familiar, llamando en primer término a los descendientes y al cónyuge supérstite, en segundo lugar a los ascendientes y por último a los parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubino y a falta de todos los anteriores, la beneficencia pública.⁶⁹

4. Albacea en la Sucesión Intestamentaria.

En cuanto a la intervención del albacea en la sucesión intestamentaria, el CCJ establece que el nombramiento de albacea le corresponde hacerlo a los herederos, y en caso de que no hubiere acuerdo de la mayoría, el albacea será nombrado por el juez de entre de los propuestos.

⁶⁸ *Ibid*, p.105.

⁶⁹ Artículo 2911 CCJ.

CAPITULO III: LA VOLUNTAD.

1. La Voluntad en el Derecho Romano.

En Roma la voluntad estuvo ligada a lo que se denominó negocio jurídico, que en el derecho moderno es sinónimo del acto jurídico; para el autor J. Arias Ramos, “puede considerarse el negocio jurídico como el acto humano de manifestación de voluntad, el cual produce dentro de los requisitos y límites fijados por la ley, los efectos queridos por quien la realiza”.⁷⁰

En el Derecho Romano a la frase de negocio jurídico en la época antigua y en la clásica, se le designaba como *agere*, *actus*, *actio*, expresiones propias del negocio procesal; en el derecho clásico no tuvo ningún término técnico, la palabra “*negotium*”, era demasiado amplia, ya que en ella se daba a entender lo que traspasaba la esfera de acción del derecho privado, al comprender toda clase de ocupación, muy especialmente la actividad pública de un funcionario, y por consiguiente, no llegó a conseguir la precisión técnica; en el estudio del derecho romano no se puede prescindir del concepto del hecho o negocio jurídico, ya que para Savigni: “El nacimiento, la transformación y el fin de los derechos son consecuencia de hechos a los que el Derecho ha atribuido tales efectos, y en tal sentido define exactamente los hechos el autor antes mencionado como acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan”;⁷¹ así, los hechos y acontecimientos pueden producirse ya por una causa ajena al hombre, ya con participación directa o indirecta de él, ya por efecto inmediato de su voluntad.

⁷⁰ PETIT, op.cit. p.177. Apud. RAMOS, Arias, J, Derecho Romano, Volumen I, [s.p.i] ,[s.a], p.123.

⁷¹ *Ibid*, p 174.

Lo anterior significa que todos los negocios jurídicos⁷² requieren de un elemento esencial que es el consentimiento o voluntad; en el derecho romano, esas fuentes eran conocidas con los términos *animus*, *voluntas*, *consensus* o *affectus*. De lo anterior se da noticia en el digesto y en la ley de las XII tablas; el autor antes mencionado, al referirse a los elementos esenciales relativos al consentimiento o voluntad interna de las partes, señala: “En el antiguo Derecho de Roma, la voluntad efectiva de las partes es o debe ser el fundamento de la declaración; pero si alguna vez no coincide tal voluntad efectiva o real con la declaración misma, debe prevalecer la primera, según el Derecho clásico y más todavía en el Justiniano”.⁷³

El negocio jurídico en Roma se consideraba un negocio de derecho, en donde existía la manifestación de voluntad, la persona que lo llevaba a cabo debía tener capacidad para ejercer los derechos, ya que era imprescindible poder realizar actos con eficacia jurídica, entonces la voluntad requería en el sujeto la capacidad de hecho o de obrar y la capacidad jurídica o de derecho; no podían celebrar actos jurídicos los infantes, la excepción existía con los locos, ebrios y los coléricos, pues sólo podían celebrarlos en intervalos lúcidos; los sordomudos, los que estaban bajo la patria potestad o curaduría y las mujeres no gozaban de una voluntad plena y contaban con restricciones.

Es necesario mencionar que en el derecho antiguo romano, el testamento era considerado como la transmisión de potestad que tenía el *pater familias* sobre la familia, concebida como un organismo político y religioso, misma que debía continuar unida bajo la potestad del jefe designado por el difunto; la división de la propiedad de la familia y las cosas propias de su jefe de familia, permitió que el testamento fuera concebido como un negocio jurídico de última voluntad, destinado a la disposición de

⁷² Es el acto humano de manifestación de voluntad, el cual produce, dentro de los requisitos y límites fijados por la ley, los efectos pretendidos por quien la realiza.

⁷³ *Ibid*, p.185.

bienes y obligaciones para después de la muerte del testador, interesándole al orden público que tuvieran cumplimiento las últimas voluntades de los hombres, lo que quedó establecido en la tesis "*In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*";⁷⁴ su explicación: "En los Testamentos debe interpretarse plenamente la voluntad del testador";⁷⁵ lo antes inserto, tiene como explicación que:

Al orden público le interesa que tengan cumplimiento las últimas voluntades de los hombres; y por esta razón, en caso de que un testamento sea oscuro ó confuso, debe interpretarse de manera que diga algo; y aún esta interpretación debe ser extensa, por que siempre debe de creerse que los testadores han querido decir alguna cosa, aunque tal vez motivo de la enfermedad no hallan podido expresar claramente su voluntad, aquí debe tenerse presente la conocida regla de que la interpretación de los contratos debe ser plena; la de los testamentos mas plena y la de los beneficios plenísima.⁷⁶

Esto es importante por que en el derecho romano la voluntad del testador iba más allá de la que se expresaba en los contratos, al grado de que la revocación del testamento debía hacerse con las mismas solemnidades con las que se había otorgado.

2. La Voluntad en el Derecho Francés.

El testamento, considerado en el derecho francés como una obra de voluntad única y última, está sometido a consideraciones particulares, más sin embargo, sus grandes directivas se encuentran en los contratos, que a falta de texto relativo a la interpretación de los legados, son aplicables por vía de analogía; mas es importante aclarar que las directivas experimentan una adaptación, deformación y precisiones de gran importancia para poder ser utilizadas en el acto jurídico de última voluntad como es el testamento.

⁷⁴ BRONCHORST, Ever, *Explicaciones al Título del Digesto, de Diversas reglas de Derecho Antiguo*, Tr: Pedro Ruano, México, Imprenta Lara, 1868, p.68.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

En la antigüedad del derecho francés, se consideraba a las liberalidades un acto sospechoso para los legisladores porque en un mundo donde predominaban los intereses económicos no era factible un acto tan benevolente, donde la sola voluntad del disponente tenía como consecuencia que se sacrificara a la familia y se beneficiara a un tercero, por lo tanto esa voluntad era dudosa, pues se pensaba que no era sana y libre;⁷⁷ ante tanta hostilidad por las liberalidades los legisladores creyeron que lo más pertinente era adoptar medidas para asegurar que se señalara el valor económico de la voluntad expresada en el testamento.

En un principio, la voluntad en el testamento estaba sometida a un formalismo riguroso, y también a una interpretación muy estricta, por lo tanto, la voluntad del testador no debería tenerse en cuenta sino en la medida que estuviera expresada conforme a las formas reglamentarias y, para deducirlas, el juez no debería tomar en cuenta más que el tenor del testamento, los elementos y los síntomas intrínsecos; ésta era la concepción de los redactores del código francés.⁷⁸

Años más tarde se pasa a una evolución más liberal, menos formalista, tomando en cuenta la tradición consuetudinaria, facultando al juez para que se guiara por averiguar la verdadera voluntad del testador y de hacer surtir efectos a dicha voluntad, por lo tanto el juez debía interpretar dicho testamento a la luz de los hechos extrínsecos, incluso pudiéndose complementar con ayuda de documentos independientes.

El autor Pothier consideraba que en el tema sucesorio se debían tener las siguientes directivas:

⁷⁷ Se anulaban todas las liberalidades que habían sido sugeridas o resultantes de una captación, que eran todas aquellas maniobras más o menos sospechosas mediante las cuales una persona podía convencer a otra para que hiciera liberalidades a su favor.

⁷⁸ JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Tomo III, Volumen III, Tr.: Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Cárdenas Editores y Distribuidores, 1951, p.199

Cuando una disposición está redactada claramente, debe recibir exacta aplicación, sin que le sea permitido al juez modificarla o complementarla, sustituyendo al hacerlo así la voluntad del testador por la del mismo juez; no se interpreta más que lo que es oscuro, ambiguo o contradictorio; el tribunal no puede rehacer el testamento; 2) Cuando hay una disposición testamentaria materia de interpretación, el juez debe tratar de averiguar por todos los medios a su alcance, la verdadera intención del testador, primero, sin duda, con ayuda de las indicaciones contenidas en el testamento (prueba intrínseca,) pero también apelando a todos los procedimientos de investigación, inspirándose para ello en la posición personal del testador, en sus relaciones con su familia y con legatarios, en las costumbres, e incluso en los datos contenidos en escritos distintos del testamento (prueba extrínseca).⁷⁹

Por lo tanto, como se puede apreciar, en el testamento se debe seguir la voluntad interna sobre la declarada.

3. La Voluntad en el Código Civil del Estado de Jalisco Vigente.

3.1 Diferentes Significados de la Palabra Voluntad.

La voluntad es considerada como la potencia o facultad del alma que lleva a obrar o abstenerse; como componente mental es considerada junto a la razón, un factor que permite al hombre comprender su vida y la vida, la voluntad conduce a la adopción de decisiones propias con conciencia de la resolución que se toma y adhesión interna a la misma, sin excluir por ello los vicios que pueden torcerla o doblarla, como la ignorancia, el error, la amenaza y la fuerza.⁸⁰

En el aspecto meramente psicológico, el proceso de la voluntad recorre estas fases:

- I.** Conciencia, en la que el sujeto advierte la situación planteada;
- II.** Deliberación de la actitud, donde se examinan y juzgan las conveniencias o los

⁷⁹ *Ibid*, pp. 199 a 200.

⁸⁰ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VI, Buenos Aires, República Argentina, Editorial Heliasta, 1414 edición, pp. 748 a 752

ideales;

III. La decisión o elección, traducida en un querer o en un no querer;

IV. Ejecución, ya activa, realizando la voluntad, ya pasiva, absteniéndose de realizarla.

En el ámbito del derecho, la voluntad es el substrato del acto jurídico, por lo tanto es importante hablar primero del hecho, que es una acción del hombre o un suceso cualquiera que ocurre en el mundo de nuestras percepciones; estos hechos pueden producirse por una causa que se halle enteramente fuera del hombre, y de la que no haya podido ni auxiliarse, ni poner obstáculo; o bien los hechos pueden producirse ya sea por participación directa o indirecta del hombre o por el efecto inmediato de la voluntad del hombre;⁸¹ por lo tanto los hechos producen los derechos, pero no todos los hechos humanos interesan al derecho, sólo aquellos que pueden producir determinadas consecuencias jurídicas; esto es: “Todo hecho productor de efectos para el derecho recibe el nombre de hecho jurídico. Cuando este hecho procede de la voluntad humana, se denomina acto jurídico”.⁸²

La voluntad precede la totalidad de los actos jurídicos y la generalidad de los humanos, por lo tanto, es la potencia del alma que lleva a obrar o a abstenerse, teniendo el sujeto la capacidad de dirigir sus posibilidades; potencia que permite equilibrar los estímulos, ya para resolver por el más conveniente, ya para afirmar lo más noble, y aun, para resolver sobre diversas opciones sin ventajas o beneficios advertibles, iguales o indiferentes, que aunque casi imperceptibles, agrandan su poder y prueban su libertad. Por lo tanto la voluntad conduce a la adopción de decisiones propias con conciencia de la resolución que se tome y adhesión interna a la misma, sin excluir por ello los vicios que pueden torcerla o doblarla.

⁸¹ ORTOLÁN, op.cit. pp 86 y 87.

⁸² ACOSTA, Ascanio, Hugo, *Iniciación al Derecho, México*, Editorial Empatía, [s. a], p. 47.

Esa manifestación de la voluntad por medio de la cual el testador dispone libremente de sus bienes, derechos y obligaciones para que surtan efectos después de su muerte, implica que debe hacerse de la forma más clara y precisa, es decir, no se acepta una manifestación de la voluntad tácita, que se pretenda deducir de hechos, ni tampoco puede el testador manifestar su voluntad mediante señas o monosílabos contestando a preguntas que se le hagan; mientras el testador no indique expresamente lo que quiere, existirán normas supletorias que regirán lo no estipulado por él, pero si el testador hace uso de su libertad y del principio de la autonomía de la voluntad, éstas deberán ser respetadas y llevadas a cabo por el albacea designado en su testamento.

El legislador previó situaciones generales y da la pauta para que éstas se apliquen en aquellas en las que no existan normas especiales dictadas por el testador, la única limitación es no ir en contra de una norma o disposición de orden público. Con relación a la interpretación de la voluntad, el CCJ fija reglas y el alcance que debe darse a la manifestación expresa de la voluntad del testador, a pesar de que se exige que en el testamento la manifestación de la voluntad sea de una manera clara, pueden presentarse problemas de interpretación que la ley resuelve fijando normas generales.

Cuando en el testamento coincide la letra con la intención del testador, no existe un problema de interpretación. El problema se presenta cuando el texto resulta distinto o contrario a la voluntad del testador que se desprende del contenido total del mismo testamento, es decir, cuando se emplean palabras que inducen a error o a duda y que aparecen contrarias con lo que el testador ha querido significar. En este caso la regla de interpretación a seguir es la de los contratos, pues debe prevalecer la intención sobre el texto del documento, esto es, nuestra legislación ha elegido la voluntad interna sobre la declarada, pues prefiere interpretar un testamento según la

intención que se revela o se manifieste a través de todo el acto y no llevar a cabo una interpretación simplemente objetiva, sujetándose a los términos literales de un testamento o contrato.

4. Teorías de la Voluntad.

Para entender la interpretación de la voluntad es importante explicar de una manera muy breve las siguientes teorías:

a) Teoría de la Voluntad Real o Interna:

Es conocida también como la Teoría de la autonomía de la voluntad, la cual establece que “si la voluntad de las partes es el alma del contrato, habrá sin duda que atender a ella, y por lo mismo el intérprete de un contrato deberá desarrollar la labor de un psicólogo, para desentrañar la verdadera intención de los que otorgan el acto”.⁸³

“La autonomía de la voluntad es el principal elemento de libertad que caracteriza a los individuos dentro del derecho, por lo tanto toda voluntad no viciada tiene, en virtud de la autonomía que la preside, elementos que hacen que la regla dictada haya de ser ejecutada conforme la propia volición del individuo”.⁸⁴

La teoría de la autonomía de la voluntad, sostiene esencialmente la soberanía de los individuos para expresar su voluntad en los testamentos, acto jurídico que tiene fuerza de ley entre los herederos y legatarios. Descansa sobre dos principios fundamentales: a) El testador de acuerdo a su voluntad, crea un acto jurídico, con

⁸³ GUTIERREZ, González, Ernesto, *El patrimonio, pecuniario y moral o derechos de la personalidad*, Editorial José M. Cajica, Puebla, 1971, pp. 565 y 566.

⁸⁴ CABANELLAS; Guillermo, *Los Fundamentos del Nuevo Derecho*, Editorial Americalee, Buenos Aires, 1945, p.175.

plena libertad para fijar su contenido y sus efectos. b) Este acto jurídico tiene fuerza de ley entre los herederos y legatarios, debiendo respetarlas y ser respetadas por los jueces llamados a resolver diferencias. La función judicial, queda limitada a hacer respetar y ejecutar tales actos de voluntad como las leyes mismas.

b) Teoría de la Voluntad Declarada:

Conocida como teoría de la declaración de la voluntad: En ella se afirma que para llevar a cabo la interpretación del contenido y alcance de un contrato “se debe atender en forma exclusiva a lo que exteriorizaron los otorgantes, de manera independiente de que esa declaración traduzca o no fielmente, su querer interno”.⁸⁵ Por lo tanto en esta teoría sólo debe tomarse en cuenta la exteriorización que hace la persona, sin importar que esa manifestación sea expresada de una manera incorrecta, ignorando la intención real de los contratantes y dándole relevancia a lo que expresan sobre lo que digan haber pensado.

5. Interpretación de la Voluntad en el Código Civil de Jalisco.

Nuestro CCJ, en su artículo 2673, establece las reglas que se deben de tomar en cuenta para la interpretación de los testamentos, a saber:

- I. Debe atenderse más a la voluntad que al sentido literal de las palabras, tomando en cuenta para ello la educación, afectos, instrucción y medio de vida del testador;
- II. La interpretación se debe hacer considerándose a las costumbres y modo conocido que el testador tenía de entender las cosas y de expresarse;
- III. Si la cláusula es ambigua, ha de interpretarse a favor de la validez de la disposición o del legado; debe buscarse que los testamentos produzcan efectos y no que se destruyan;
- IV. Si alguna disposición es obscura, deben interpretarse en forma conjunta con las demás que aparezcan en beneficio de determinada persona;
- V. Si el testador quisiera que surtan efectos dos disposiciones contradictorias,

⁸⁵ *Idem.*

quedarán ambas sin efectos;

- VI.** Si no se alcanza a conocer el sentido, debe decidirse a favor del que tenga que ejecutar la disposición testamentaria;
- VII.** Si la duda es respecto de la diferencia en las cláusulas, y no sobre el legado, debe interpretarse más bien dando extensión al de la voluntad del testador que restringiéndola;
- VIII.** La disposición hecha en términos vagos a favor de los parientes del testador, se entenderá que se refiere a los parientes más próximos según el orden de la sucesión legítima.

CAPITULO IV. EL ALBACEA TESTAMENTARIO.

1. Antecedentes Históricos de la Figura del Albaceazgo Testamentario.

Según el Diccionario de la Academia Española, el albacea es “La persona encargada por el testador o por el juez, de cumplir la voluntad última y custodiar los bienes del finado”,⁸⁶ más el significado etimológico proviene de la palabra árabe *al waci*, que significa ejecutor y como se verá más adelante en nuestro Estado es considerado un ejecutor testamentario cuando se encuentra nombrado en el testamento.

El origen del albacea testamentario se encuentra en la conveniencia que tenía el testador para que existiera una persona de su confianza que velara por el fiel cumplimiento de las disposiciones testamentarias para después de su muerte.

Una de las facultades del testador es poder nombrar un albacea para darle más seguridad jurídica a la sucesión testamentaria ya que el autor puede temer que los herederos sean negligentes o parciales en su actuar y de ésta forma, se asegura que designando a una persona de su confianza se cumplirá con lo dispuesto en dicho instrumento jurídico.

La investigación histórica que se desarrolla en este capítulo permite puntualizar que al inicio del derecho romano no existía la figura del albacea como tal, pues el sistema romanista seguía el principio de la continuación de la persona del causante por el heredero, dejando que el cumplimiento y ejecución de las disposiciones testamentarias le competieran a los propios herederos, aunque la historia marca la existencia de figuras cercanas o similares del albaceazgo, siendo importante

⁸⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, *Albacea*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Driskill, 1979, p. 622. Apud. Diccionario de la Academia, Albaceazgo. p. 622.

abordarlas para entender su formación y desarrollo. Una de las principales figuras que se especulaba que podría ser el origen del albacea en el derecho romano es el *familiar emptor*, pero ésta no guarda analogía con la del albacea, pues la primera se presenta como enajenación entre vivos, es bilateral, produce efectos inmediatos e irrevocables, al contrario que el testamento pues es una enajenación *post mortem*, unilateral y produce efectos hasta la muerte del testador, es por eso que el *familiar emptor* no podría ser un antecedente de la figura del albacea.⁸⁷

Otra de las figuras que en el derecho romano se asemejaba al albacea es el *fideicomiso*, que consistía en un acto por medio del cual el testador favorecía a una persona que carecía de la *testamenti factio* o que fuera incapaz⁸⁸ y no tenía otro recurso que pedirle a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz un objeto en particular o bien una sucesión en todo o en parte⁸⁹. El heredero⁹⁰ o legatario no estaba obligado civilmente a cumplir el deseo que se le confiaba, pero para que estos fideicomisos pudieran tener trascendencia y aceptación se tuvo que instaurar un *pretor fideicomisario*, quien tenía la facultad de resolver acerca de su cumplimiento, sin la intervención de un juez.

Pero esta situación tuvo como consecuencia que el heredero se rehusara a aceptar la herencia, pues permanecía expuesto a los acreedores y legatarios, pudiendo caer el fideicomisario en insolvencia,⁹¹ por eso se dieron cambios por medio del Senado consulto Trebeliano, donde una vez restituida la herencia por fideicomiso, todas las acciones a favor o en contra recaían en la persona que la

⁸⁷ ZANNONI, op. cit. p. 666.

⁸⁸ Con el transcurso del tiempo, se hizo prevalecer el principio que para recibir un fideicomiso se necesitaba la capacidad para recibir un legado.

⁸⁹ PETIT, op. cit. p. 579.

⁹⁰ Es importante aclarar que el heredero, después de restituir la herencia al fideicomisario, seguía siendo heredero porque sólo cedía beneficios y cargas, permaneciendo expuesto a las acciones de los acreedores y legatarios; sólo tenía acciones activas en contra de los deudores hereditarios.

⁹¹ Entre el heredero y el comprador de la herencia, se garantizaban entre ellos con estipulaciones llamadas *emptaet venditae hereditatis*, que era un recurso respecto de todo lo que el heredero recibía o pagaba como tal.

había recibido por virtud del fideicomiso, teniendo a éste como heredero, pero eso no bastó, pues se seguía teniendo al heredero sin un beneficio, en consecuencia se autorizó para que el heredero retuviera la cuarta parte sobre los legados, ello en virtud del Senado consulto Pegasiano, dejando que recayeran sobre él todas las acciones activas y pasivas, más a diferencia del Senado consulto Trebeliano, el heredero era considerado como legatario parciario, es decir, se obligaban cada uno respecto de sus cargas y beneficios hereditarios, en razón de su parte y porción.⁹²

Pero ni al *familiar emptor* ni al fideicomiso, se les puede considerar como figuras similares al albaceazgo, puesto que el cumplimiento dependía únicamente de la buena fe depositada en el *familiar emptor* o en el fideicomisario, en tanto que la misión de albacea es asegurar el cumplimiento de las disposiciones testamentarias hechas por el causante, y en dado caso de que el *familiar emptor* o el fideicomisario se hubieran resistido a cumplir las disposiciones, el heredero hubiera podido exigir su cumplimiento haciendo con ello las veces de albacea considerando el principio de la sucesión en la persona, donde el ejecutor de las disposiciones testamentarias es el propio heredero.

Para fines de este trabajo y por la trascendencia del tema es importante encontrar los orígenes del albacea en el entorno jurídico de otras culturas lo que a continuación expondré; En el derecho germánico, como se argumentó en capítulos anteriores, la herencia fue un derecho de familia, donde el testamento era algo poco conocido y la legítima era la sucesión fuertemente proclamada, pues en ella se establecía que Dios era el único que designaba herederos, en tanto que en el testamento se designaban solo legatarios, y si el autor de la sucesión moría sin herederos, se podía utilizar una auténtica adopción de herederos, que era un acto de creación de herederos, llamada la *affatomia*, donde el causante transmitía su

⁹² LAGRANCE, op. cit. pp.314 a 321.

patrimonio a un fiador llamado entre los francos *Salmann*, o ejecutor de la última voluntad quién a su vez debía entregar el patrimonio al heredero ante la asamblea pública, en un plazo no mayor de un año, sin embargo éste acto era considerado una donación entre vivos.⁹³

Con el transcurso del tiempo, en la Edad Media, se admitieron las donaciones a favor de la iglesia, especialmente los legados *pro anima*, apareciendo así la figura del fiador con la responsabilidad de entregar a la iglesia la designación que le atribuía el causante; la influencia del derecho canónico es determinante para la figura del albacea, pues se empieza a dar un cierto fuero a los obispos para que llevaran a cabo la vigilancia y la ejecución de los legados *pro anima*, con esto se logró que se empezaran a regularizar y establecer reglas consistentes en que dichos obispos no podían ser juzgados por autoridades civiles, si no sólo por autoridades eclesiásticas, y sus facultades ya solo no se extendían a la vigilancia y ejecución de los legados *pro anima*, si no que más tarde también se encargaban del cobro de los créditos, pago de deudas y la ejecución de los legados en general.⁹⁴

Esto permitió que en Roma, en el tiempo de Constantino, la influencia del derecho canónico se viera reflejada en una figura similar a la del albacea, pues a este se le facultó para, si así lo disponía el de cuius dejar una parte de la herencia a favor de congregaciones eclesiásticas, situación esta a la que en principio se oponían en la Roma de aquella época porque el patrimonio se consideraba un derecho familiar, lo que trajo como consecuencia que el poder de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones hechas por el causante a favor de la iglesia, fueran vigiladas por los obispos, y más tarde fueron gestionando toda la masa hereditaria, haciendo funciones de liquidadores si faltaba heredero, pues se

⁹³ ZANNONI, op cit. p. 667.

⁹⁴ *Idem*.

destinaba a fines piadosos, no obstante que con la premisa del derecho romano de que todo testamento debe contener heredero, la presencia de la persona que fungía haciendo las veces de albacea se limita a ser tan sólo un control del heredero en el cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

Pero el origen cierto de la institución de albacea se encuentra en la edad media, por disposición expresa en el derecho canónico, los obispos fueron los ejecutores testamentarios, con el fin de cumplir la última voluntad del testador⁹⁵, por lo tanto esta figura fue haciéndose más general, recogiendo otras afines en el derecho romano y la influencia de la iglesia trajo consigo que también se conociera y fuera retomada por el derecho español;⁹⁶ el cargo tomó diversos nombres, según las regiones, en el derecho foral fue conocida bajo los nombres de *mansesor*, *manumisor*,⁹⁷ *cabezaleros*, que significa la persona que era el titular en el cumplimiento de la voluntad del testador; en el Brevario de Alarico, se conocía como *proxecutor* o *legaratus* que era considerado una persona de confianza a quien el testador remitía el testamento, encargándosele promover su apertura y velar por su cumplimiento; en las partidas fue llamado como *fideicomisario*, quien a su fe y verdad el testador encomendaba su última voluntad y el interés de su alma, pero el que más prevaleció fue el vocablo albacea, derivado de la voz árabe *alvaciya*, que significa ejecutor de los fieles deseos del testador,⁹⁸ dándole poder para entregar legados, demandar las cosas que lo comprendían, ya estuvieran en poder de un heredero o de un tercero, pero al mismo tiempo sus facultades estaban limitadas sólo para el cumplimiento de sus deberes.⁹⁹

⁹⁵ AGÜELLO; op. cit. p. 623.

⁹⁶ La figura del albacea solo existe en los testamentos, nunca en la sucesión legítima.

⁹⁷ Ambas derivadas de la voz latina manumisor, que alude a la persona encargada por el testador en el Derecho Romano, de dar libertad a los esclavos y de darles un legado.

⁹⁸ Si su actuar era negligente se podía nombrar a otro, porque la finalidad del albaceazgo era el cumplimiento de las mandas piadosas.

⁹⁹ El derecho foral dedicó algunas leyes a los ejecutores testamentarios, en las que se establecían sus capacidades, facultades, derechos y obligaciones, y en la Ley de las 7 partidas se reguló la figura del albacea tomada del derecho común romano canónico y de la costumbre; por la influencia de la iglesia se concedió la facultad a los obispos para intervenir en las gestiones

Desde un inicio el establecimiento de una figura legal como el albacea se ha hecho con la finalidad de que se lleve a cabo una exacta y diligente ejecución del testamento, pues como se puede apreciar en el entorno jurídico de las diferentes culturas antes expuestas, el albacea siempre se ha determinado mediante el nombramiento que hace el testador a una persona de su confianza, para que ésta lleve a cabo su última voluntad; no se debe perder de vista que los diferentes pueblos antes mencionados, históricamente han tenido al albacea como un ejecutor de la voluntad del testador, por lo que es necesario considerar a dicha figura bajo ese contexto.

1.1 Referencias Históricas de la Figura del Albacea Testamentario en el Código Civil de Jalisco.

La época de independencia trajo consigo cambios sociales como la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, puso fin a los atributos personales y abolió la esclavitud; pero en el tema legislativo de los primeros años del México independiente su principal enfoque fue en la regulación de la forma de Estado y de gobierno de la naciente República, y en menor grado en la rama administrativa y la impartición de justicia, es por eso que se tuvo que conservar en vigor la legislación civil colonial que existía en nuestro Estado. Por lo tanto como lo señala el autor Pedro Murillo en su libro *Práctica de Testamentos*, quien tomando como base la legislación colonial, estableció que el albacea es: “Á quien llaman tambien (sic) testamentarios, ejecutores, cabezaleros y mansesor, es aquel á (sic) quien el testador encarga la ejecución de su última voluntad”.¹⁰⁰

Continuando con el desarrollo histórico y como anteriormente se había

de los ejecutores testamentarios negligentes; en la Novísima recopilación, el cargo fue secularizado, por lo tanto el cumplimiento de las últimas voluntades estaba a cargo de los jueces seculares.

¹⁰⁰ MURILLO, op. cit. p. 49.

señalado, el primer CCJ del año de 1887 en su título V nombrado Disposiciones Comunes a la Sucesión Testamentaria y la Legítima, capítulo V, llamado De los albaceas o ejecutores de las últimas voluntades, establecía en su artículo 3703 lo siguiente:

La ley reconoce como ejecutores de las últimas voluntades a las personas designadas por el testador y cuando éste no hubiera hecho designación o el nombrado no desempeñare el cargo, a la persona electa por los herederos instituidos de entre ellos mismos y por mayoría de votos.

Posteriormente el CCJ del año 1936, en su título V nombrado de las Disposiciones Comunes a las Sucesiones Testamentarias y Legítimas, en su capítulo IV de los albaceas, establecía en su artículo 1594 que podrían fungir como tales toda persona que tenga la libre disposición de sus bienes, a diferencia del código anterior que establecía condiciones más restrictivas para el desempeño del cargo de albacea.

El CCJ vigente, en su artículo 3020 establece que el albacea es el representante legal de la sucesión, se encarga del trámite de la misma y en el caso de que su designación provenga de disposiciones testamentarias, será ejecutor de la voluntad del testador.

2. Naturaleza Jurídica del Albaceazgo.

Una de las cuestiones largamente controvertidas, es la naturaleza jurídica del albaceazgo. Planteada reiteradamente por la doctrina jurídica como un mandato, al respecto se ha hecho notar que países como el español lo confirman al sustentar la siguiente Jurisprudencia: “El albacea tiene el carácter de mandatario del testador y no de los herederos”¹⁰¹ en la doctrina argentina ha sido ratificado en otra

¹⁰¹ ARGÜELLO, op cit. p. 625. Apud Fallo del Supremo Tribunal cit., en Diccionario de Derecho Privado Español, t. I, página 303.

jurisprudencia que indica: “El albacea es un mandatario testamentario para cumplir un objeto determinado: la ejecución de la voluntad del testador”.¹⁰²

Con el paso del tiempo la doctrina española consigna esta opinión: “La tesis de que el albacea sea mandatario del testador, no es rigurosamente exacta y está hoy abandonada o muy atenuada por la doctrina científica y por la jurisprudencia misma.”¹⁰³ Indudablemente eso acontece al analizar las diferencias que existen entre un mandato y la figura del albaceazgo,¹⁰⁴ que a continuación se explicarán:

- a) El mandato es un contrato que requiere un acuerdo simultáneo de voluntades, de manera que solo se perfecciona con la aceptación del mandatario haciéndolo esto un acto jurídico bilateral, en cambio el albaceazgo participa del carácter de acto jurídico unilateral que tiene el testamento.
- b) El mandato es un contrato entre vivos, no así la figura del albacea que éste comienza su función justamente con la muerte del testador.
- c) El nombramiento de mandatario puede ser de manera expresa o tácita, y cuando se habla del nombramiento de albacea testamentario éste debe estar expresamente nombrado por el testador en su testamento.
- d) El albacea tiene que ser una persona capaz y debe tener la libre disposición de sus bienes.

Indudablemente, las circunstancias de su designación, las funciones que desempeña, las responsabilidades y obligaciones que adquiere por la aceptación del cargo y su actuación *post-mortem*, dan al albacea los rasgos jurídicos de una naturaleza especial. Sus funciones comienzan precisamente con la muerte del

¹⁰² *Ibid.*p. 631. Apud, Superior Tribunal Entre Riós, 10- XII-1936.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ FASSI, Santiago C., *Tratado de los Testamentos*, Volumen II, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Rodolfo Desalma y Hnos.1971, pp. 227 a 229.

testador, requiriendo su actuación a una persona con capacidad legal, es por eso que como lo sostiene la doctrina del derecho español, argentino¹⁰⁵ y francés¹⁰⁶ debe reputársele como un mandato *post mortem o sui generis*.

Cuando la doctrina designa al albaceazgo como un mandato póstumo establece ciertas características que lo hacen diferenciar de un mandato entre vivos, a saber:

- La muerte del mandante no le da fin;
- No puede ser conferido más que por testamento;
- Termina por la muerte del mandatario;
- No Puede ser aceptado por un incapaz;
- Es intransmisible.

Otra de las teorías hace prevalecer la idea de que el albacea es un representante de los legatarios, herederos y acreedores de la herencia, por que éste defiende intereses jurídicamente a ellos vinculados, fungiendo como órgano de actuación, lo que la doctrina ha debatido fuertemente, pues al ser considerado el albacea también un representante del testador, es necesaria la existencia de un representante y un representado, por lo tanto, en virtud de que el representado ha muerto, sería una contradicción jurídica el querer explicar las funciones del albacea testamentario como representante, pues sus funciones comienzan con la muerte del testador.

Las teorías anteriormente expuestas son las que explican con mayor fidelidad la

¹⁰⁵ La doctrina y la jurisprudencia en el derecho Argentino establecen que el Albaceazgo constituye una suerte de mandato *sui generis* que no participa de las características atribuídas al mandato ordinario. El cargo de albacea importa una función especial con respecto al cumplimiento de la voluntad del testador que reconoce como su causa, la confianza ilimitada que él mismo deposita en la persona encargada de la ejecución de su testamento.

¹⁰⁶ La legislación de este país, denomina albacea o testamentario a un mandatario elegido por el difunto a fin de asegurar el cumplimiento de su testamento, pero esta naturaleza jurídica que es reconocida en esta legislación establece que ese mandato tiene características particulares que lo hace un mandato *post- mortem*.

realidad. Asimismo, es importante recordar lo que se mencionó en capítulos anteriores respecto de los antecedentes históricos del albacea en Jalisco, que servirán como base para poder establecer la naturaleza jurídica del mismo; el primer punto a recordar es la legislación colonial donde el albacea era considerado un ejecutor de la voluntad del testador, luego en el CCJ de 1887 los legisladores reconocen al albacea testamentario como un ejecutor de las últimas voluntades del testador, en cambio el CCJ del año de 1936 no establece ninguna definición, únicamente se limitó a establecer condiciones más restrictivas para el desempeño del albaceazgo, y actualmente, el CCJ vigente establece que si la designación proviene del testador hecho en su testamento, el albacea será considerado un ejecutor de la voluntad del testador. Por lo tanto, la naturaleza jurídica del albaceazgo desde la colonia hasta nuestros días es bajo la concepción de que el albacea testamentario es un ejecutor de las últimas voluntades del testador; además de que la doctrina jurídica lo equipara con un mandato con características especiales, como a continuación lo señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada que se transcribe a continuación:

Registro No: 354028
Tesis Aislada
Materia(s): Civil
Época: Quinta Época.
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
LXVII
Página: 2008

ALBACEAZGO, NATURALEZA DEL. - La doctrina jurídica equipara el albaceazgo al mandato, aunque señalando las diferencias que hay entre uno y otro; y es universalmente aceptado que el albacea es mandatario del testador, su ejecutor testamentario, y su representante, y que lo es también de los herederos y, por último, de la sucesión; de manera que siempre que la ley habla de "herederos" , sus derechos y obligaciones los representa el albacea, sin que esté permitido a cada uno de ellos, en lo particular, asumir esa representación.

3. Nombramiento de un interventor.

Es la institución creada por la ley para cuidar que se respeten los derechos de determinados interesados en la sucesión.

El artículo 3078 del CCJ y el artículo 842 del CPCJ establece el derecho que tiene el heredero o los herederos a nombrar un interventor cuando estos no estuvieran conformes con el nombramiento de albacea hecho por la mayoría, si la minoría inconforme está conformada por varios herederos, el nombramiento de interventor se hará por mayoría de votos; y si no se obtiene mayoría, el nombramiento lo hará el juez, eligiendo el interventor de entre las personas propuestas. Cuando el heredero o los herederos hayan nombrado un interventor la función de este solo será como un órgano de control y vigilancia del albacea, en consecuencia cuidara que el albacea, en el ejercicio de sus funciones, observe una conducta siempre ordenada al exacto cumplimiento de los deberes que le impone el cargo, sin que pueda tener la posesión, ni aún interina, de los bienes.

El artículo 3080 del CCJ y el numeral 842 Bis del CPCJ, los cuales se transcriben a continuación, establecen los casos en que debe nombrarse un interventor.

Artículo 3080.- Debe nombrarse precisamente un interventor:

- I. Siempre que el heredero esté ausente o no sea conocido;
- II. Cuando la cuantía de los legados iguale o exceda a la porción del heredero albacea; y
- III. Cuando se hagan los legados para objetos o establecimientos de Beneficencia Pública.

Conforme artículo 819 CPCJ el juez nombrará interventor en las siguientes circunstancias:

Artículo 819.- Si pasado diez días de la muerte del autor de la sucesión no se presenta el testamento; si en éste no está nombrado el albacea o si no se denuncia el interesado, el juez nombrará un interventor que reúna los requisitos siguientes:

- I. Ser mayor de edad;
- II. De notoria buena conducta;
- III. Estar domiciliado en el lugar del juicio; y
- IV. Otorgar fianza judicial para responder de su manejo.

La fianza deberá otorgarse en un plazo de diez días contados desde la aceptación del cargo, bajo pena de remoción.

Una vez otorgada la fianza, el interventor recibirá los bienes¹⁰⁷ por inventario y tendrá el carácter de simple depositario, sin poder desempeñar otras funciones administrativas que las de mera conservación y las que se refieran al pago de las deudas mortuorias, con autorización judicial. Este interventor cesará en su cargo luego que se nombre o se dé a conocer el albacea y entregará los bienes sin que pueda retenerlos bajo ningún pretexto ni aun por razón de mejoras o gastos de manutención o de reparaciones.

Registro No: 345810
Tesis Aislada
Materia (s): Civil
Época: Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XCVI
Página: 709

INTERVENTORES EN LAS SUCESIONES, RENDICION DE CUENTAS POR LOS.-El interventor o albacea judicial que nombra el Juez, en determinados casos, para cuidar los bienes de la sucesión, en tanto se designa albacea por los herederos, concluye sus funciones al hacer estos esa designación, y a partir de ese momento los herederos carecen de la facultad de intervenir individualmente en los asuntos de la propia sucesión, salvo el caso en que haya de nombrarse interventor que coadyuve con el albacea. Ahora bien, si el interventor o albacea judicial rindió cuentas al albacea nombrado por los herederos, es indiscutible que uno de estos herederos carecía de facultades para objetar dichas cuentas, y sólo podía hacerlo el albacea a quien se rindieron. Los artículos 1725 del Código Civil y 851 del de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, se refieren a las cuentas de administración del albacea que está en funciones, y al aludir el último

¹⁰⁷ Si el interventor no se hace cargo de los bienes, tendrá la vigilancia de ellos el Agente de la Procuraduría Social.

de dichos preceptos a los interesados, se refiere al albacea nombrado por los herederos, puesto que a él corresponde cuidar los bienes sucesorios.

Registro No: 347170
Tesis Aislada
Materia (s): Civil
Época: Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XCI
Página: 1083

SUCESIONES, AMPARO PEDIDO POR LOS, INTERVENTORES EN LAS.- De lo dispuesto por los artículos 772 y 773 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, se advierte que mientras una sucesión intestada carezca de albacea que la represente, esta representación la tiene un interventor, que está obligado a conservar los bienes sucesorios que se pongan bajo su cuidado, de la misma manera como debe conservarlos el albacea que se designe. El artículo 836 del mismo código, establece que si por cualquier motivo no hubiera albacea, después de un mes de iniciado el juicio sucesorio, podrá el interventor, con autorización del tribunal, intentar las demandas que tengan por objetivo recobrar los bienes y contestar las que se promovieren contra la sucesión, y agregar que en los casos muy urgentes, podrá el Juez, aun antes del mes indicado, autorizar al interventor para que demande y conteste, a nombre de la sucesión, sin que la falta de autorización pueda ser invocada por terceros. Ahora bien, este precepto no puede interpretarse en el sentido de que el interventor está impedido de ocurrir al juicio de garantías, en representación de la sucesión, sin autorización judicial, porque es una disposición del orden común para controversias judiciales, que no puede afectar lo dispuesto por el artículo 4o. de la Ley de Amparo, según el cual, el juicio de garantías puede promoverse únicamente por la parte a quien perjudique el acto reclamado, pudiendo hacerlo por medio de su representante; de manera que si la parte agraviada es una sucesión, que no está representada aún por el albacea sino por el interventor, que provisionalmente tiene las mismas obligaciones de aquél, debe estimarse que el propio interventor está facultado para promover el amparo, en defensa de los bienes de la sucesión que tiene bajo su cuidado.

Registro No: 362524
Tesis Aislada
Materia (s): Civil
Época: Quinta Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XXXVI
Página: 1056

SUCESION, INTERVENTOR Y ALBACEA DE LA.-De acuerdo con las facultades que la ley concede al interventor, este representa a la sucesión, con el carácter de depositario de los bienes, y tiene las funciones administrativas de mera

conservación; por lo que esta en el deber de conservar, a nombre de la sucesión, los bienes de que se le ha constituido depositario; y tanto con este carácter, como ejerciendo la función meramente administrativa que le concede la ley, está obligado a solicitar, al ser amenazada la conservación de las cosas depositadas, la autorización judicial necesaria para sostenerla, y si no lo hace así, falta al cumplimiento de los deberes que la ley le impone, con perjuicio de la sucesión, e incurre en responsabilidad, al consentir ese acto, si deja pasar el término que señala la ley, para la interposición del amparo correspondiente; sin que le valga alegar que fue en su carácter de interventor, como tuvo conocimiento del mismo, y no como albacea, puesto que bien pudo solicitar autorización judicial para interponer el citado recurso.

Registro No: 279710
Tesis Aislada
Materia (s): Civil
Época: Quinta Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XVI
Página: 665

SUCESIONES.- Las facultades del interventor y del albacea judicial, difieren sustancialmente de las del albacea provisional o definitivo; las funciones de los dos primeros, no son otras que las de simples depositarios de los bienes, sin más atribuciones administrativas que las de mera conservación y las que se refieren al pago de las deudas mortuorias, unas y otras, previa autorización judicial. En cambio, a los dos últimos, la ley concede amplias facultades administrativas, con determinadas restricciones, y pueden deducir todas las acciones que pertenecieron al autor de la herencia, y que no se hayan extinguido por su muerte, teniendo la obligación de defender en juicio y fuera de él, los bienes que constituyan el caudal hereditario, sin que exista disposición legal alguna, que establezca diferencia de atribuciones entre el albacea provisional y el definitivo, que sólo se distinguen por el tiempo que dura en el desempeño de su encargo.

Respecto a la retribución que se le tiene que pagar al interventor dependerá de si el nombramiento es hecho por los herederos o legatarios o por el juez, en el primer caso los herederos y legatarios son los que acordarán la retribución del interventor, y si el nombramiento es hecho por el juez estos percibirán su remuneración conforme al arancel de los auxiliares de la administración de justicia.

4. Clases de Albacea.

La doctrina y el CCJ, establecen diversas clases de albaceas, las cuales se describen en los siguientes apartados:¹⁰⁸

4.1 Atendiendo a su Número.

4.1.1 Unitario o Universal.

Es la persona que tiene en forma exclusiva y única el cumplimiento de todas las disposiciones testamentarias y representa a la sucesión. No comparte el cargo con otra u otras personas, sino que ella, en forma unitaria y exclusiva, desempeña el cargo.¹⁰⁹

4.1.2 Mancomunados.

El artículo 3034 del CCJ, establece que se consideran mancomunados cuando fueren varios los albaceas nombrados; el albaceazgo será ejercido por cada uno de ellos, en el orden que hubiesen sido designados, a no ser que el testador hubiera dispuesto expresamente que se ejerza de común acuerdo por todos los nombrados. Para este caso la actuación de los albaceas no puede ser de forma separada y tendrán que actuar con el consentimiento de la mayoría para llevar acabo los actos de domino o de administración, si no hubiera mayoría, la decisión será tomada por el juez, pues al faltar el consentimiento mayoritario se consideraría un acto nulo, a no ser que los herederos ratifiquen de forma posterior el acto.

¹⁰⁸ GUTIÉRREZ, op. cit. pp. 621 y 622.

¹⁰⁹ En el CCJ en su artículo 3033 es nombrado como albacea universal.

4.2 Albacea conforme al origen de su designación.

4.2.1 Testamentario.

Son los que designa expresamente el testador al momento de otorgar su testamento, estos pueden ser universales, especiales, sucesivos o mancomunados, pudiendo el testador nombrar uno o más albaceas.

4.2.2 Convencional o legítimo.

Cuando no exista albacea testamentario, o cuando hubiese éste renunciado al cargo o fuere removido por cierta causa o terminara el plazo señalado por la ley para realizar el cargo de albacea, los herederos son los encargados de nombrar uno por mayoría de votos.¹¹⁰

Referente a la sucesión intestamentaria, la designación del albacea es a cargo de los herederos y siguiendo las reglas que establecen los artículos 3024 y 3025 del CCJ.

4.2.3 Judicial.

La designación del albacea se hará por el juez en los siguientes casos:

- a)** Si no hubiera herederos testamentarios, ni legatarios, el juez nombrará al albacea el cuál tendrá carácter provisional, para que, una vez que se haga la declaración de los herederos legítimos, nombren un albacea con carácter definitivo.

¹¹⁰ El albacea también puede ser nombrado por el juez, siempre y cuando ya hayan sido removidos dos o más albaceas.

- b) Cuando se haya removido a dos o más albaceas, sin que éstos hubieran cumplido las obligaciones inherentes a su cargo y se cause un daño a los herederos, por petición de cualquier perjudicado, el nombramiento será a cargo del juez.
- c) Cuando no hubiera acuerdo de los herederos, el juez lo designará de entre los propuestos.
- d) Cuando no hubiere heredero o el nombrado no entre en la herencia, el juez nombrará al albacea siempre y cuando no existan legatarios.

4.3 Albacea Atendiendo a sus Facultades.

4.3.1 Sucesivos.

Nombrados por el testador de manera que desempeñarán el cargo en el orden que establezca el testador en su testamento, si el albacea primeramente designado hubiere muerto, renunciado o fuere removido de su cargo, el siguiente nombrado por el testador es el que ocupará el cargo.

4.3.2 Especiales.

Estos albaceas llevan a cabo determinadas tareas señaladas por el de *cujus* en su testamento.

5. Características de la Figura del Albaceazgo.

El albaceazgo es un cargo:

a) Voluntario.

El albacea nombrado por el testador tiene la facultad de aceptar o rechazar el nombramiento, pero una vez aceptado tiene la obligación de desempeñarlo, bajo pena de pagar daños y perjuicios que se causen por el no ejercicio del mismo.

Pero a pesar de ser un cargo voluntario el albacea puede excusarse de ejecutar el cargo, en los siguientes casos:

- I. Cuando sean Servidores Públicos;
- II. Los militares en servicio activo;
- III. Los que fueran tan pobres que no puedan atender el albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia;
- IV. Los que por causas de salud, o no saber leer ni escribir, estén impedidos para atender debidamente el albaceazgo;
- V. Los que tengan 60 años cumplidos;
- VI. Los que tengan a su cargo otro albaceazgo.¹¹¹

Cuando la excusa¹¹² del albacea se da conforme a las situaciones anteriores, el código establece que son causas justificadas para no aceptar el cargo de albacea, teniendo como sanción la pérdida de la remuneración que le hubiere dejado el testador por el desempeño de su cargo. En caso de que el albacea renunciara sin causa justificada, perderá lo que le hubiere dejado el testador, inclusive la herencia.

¹¹¹ Artículo 3040 del CCJ.

¹¹² La excusa que presente el albacea, deberá hacerlo durante el término de seis días a la fecha en que tenga conocimiento de su designación. Si ya conociera esta antes de la muerte del testador, el citado término se contará a partir del día en que tuvo conocimiento de la muerte del testador, si no presentara la renuncia en el término antes indicado responderá con los daños y perjuicios que origine por su omisión.

b) Oneroso.

El testador podrá pactar la retribución que se le otorgará al albacea por el desempeño de su cargo, si no lo establece será el 2% sobre el importe líquido y efectivo de la herencia y el 5% sobre los frutos industriales de los bienes hereditarios.

c) Personal.

El albacea no puede delegar¹¹³ su cargo, ni por la muerte de éste pasar a sus herederos, más no está obligado a obrar personalmente, sino que puede obrar con apoderados legales, que actúen bajo sus órdenes, respondiendo por los actos de éstos. Lo que está prohibido es delegar su encargo de una manera íntegra y absoluta, siendo éste un cargo personalísimo y un nombramiento que nace de la confianza inspirada al testador para nombrarlo, no es susceptible de transmisión a sus herederos, porque no le han inspirado ese sentimiento para que hayan sido nombrados por el testador y por lo tanto, carecen de personalidad y representación para hacer cumplir lo establecido en el testamento.

d) Cargo de confianza.

El testador reconoce que el nombramiento de albacea testamentario es por la confianza ilimitada que le tiene a la persona que designa como albacea para que ésta lleve a cabo su última voluntad.

¹¹³ En el CCJ de 1887, que designa al albacea como un ejecutor de la voluntad del *de cuius*, en su artículo 3722 establece: “ El cargo de albacea no puede ser delegado sino por virtud de poder solemne; salvo en todo caso lo dispuesto por el testador”, no solo este código contemplaba esta facultad que le concedía el testador al albacea, pues en el antiguo derecho francés en el Código de Napoleón se establecía que el testador podía autorizar en forma expresa al ejecutor testamentario la subdelegación del albacea en otra persona, pero en la actualidad y teniendo estos precedentes, se estableció que el cargo de albacea no puede ser delegado en su totalidad, aún con la autorización de testador.

e) Temporal.

El cargo de albacea sólo dura un año¹¹⁴ contado a partir de su aceptación o desde que terminen los litigios que se promovieran sobre la validez o nulidad del testamento, sólo será prorrogable el plazo señalado y no podrá excederse de un año, cuando se trate de una causa justificada.

f) No requiere declaración solemne del juez.

Para el discernimiento del cargo conforme a las concepciones modernas del procedimiento, no se considera necesaria una declaración solemne del juez, es suficiente con la aceptación¹¹⁵ del albacea, pues de manera *ipso iure* se produce el discernimiento de tal cargo a su favor.

6. Condiciones para ser albacea.

El testador deberá nombrar a una persona capaz de obligarse, mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, y con capacidad para disponer de sus bienes.

Por consiguiente, con excepción de los herederos únicos, existe incapacidad relativa de las siguientes personas para desempeñar el cargo de albacea:

- I. Jueces y Magistrados que ejerzan su jurisdicción en el lugar donde se radica la sucesión;
- II. Los que hayan sido removidos del cargo de albacea;

¹¹⁴ En la exposición de motivos del CCJ de 1933, respecto de la duración del cargo de albacea se considera que un año es suficiente y que no se debe de prorrogar, aunque no haya concluido la sucesión, pues con esto se evitaría que el albacea pudiera cometer abusos en el manejo de los bienes, exigiéndole mayor rapidez en el desempeño del cargo.

¹¹⁵ Esta aceptación no debe estar sometida a condición alguna.

- III. Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad;
- IV. Los que no tengan un modo honesto de vivir;
- V. Cuando solo exista heredero único y no haya sido nombrado albacea en el testamento, en este caso, aún con incapacidad relativa, podrá desempeñar el cargo el heredero único.

Además de la incapacidad relativa, existe la incapacidad absoluta para desempeñar el cargo, y es cuando el albacea no tenga la libre disposición de sus bienes.

7. Obligaciones del Albacea Testamentario.

Por lo que la correspondiente aceptación del cargo lleva consigo, conforme al artículo 3048 del CCJ, el albacea tiene las siguientes obligaciones:

a) La Presentación del Testamento.

Al fallecimiento del testador, el albacea debe presentar el testamento siempre y cuando lo tenga en su poder; por lo tanto, el albacea debe iniciar el trámite sucesorio en un plazo que no exceda de ocho días, contados a partir del fallecimiento del testador.¹¹⁶

b) Aseguramiento de los Bienes de la Herencia.

El albacea, en su calidad de liquidador, es poseedor de los bienes, por lo tanto los herederos deben darle todas las facilidades a fin de que pueda cumplir con sus obligaciones.

¹¹⁶ LOZANO, op. cit. pp.60 a 65.

c) Formación de Inventarios.

En cumplimiento de esta obligación es necesario señalar los bienes, derechos y obligaciones que tenía el de *cujus*, con el fin de que los herederos y legatarios estén en posibilidades de saber lo que se adjudicará, con sus derechos y obligaciones; recordemos que la herencia siempre es recibida a beneficio de inventario. Tan pronto se haga el inventario hay que practicar el avalúo de los bienes, la importancia de esta obligación es con la finalidad de determinar los activos y pasivos de la herencia, y así establecer la forma en la cual el albacea deberá cubrir los pasivos, y entregar en su oportunidad y en el orden determinado por el testador, a los herederos, los bienes materia de la herencia.¹¹⁷

d) Administración de los Bienes Hereditarios.

El albacea goza de diversas facultades en su función de liquidador entre las que destacan la de la administración de la masa hereditaria, pero su actuación deberá ser siempre en beneficio de los sucesores. Por lo tanto como todo administrador, el albacea deberá entregar los bienes a los herederos y legatarios y rendir cuentas al término de su gestión.

e) Rendición de cuentas.

El albacea como administrador tiene la obligación de rendir cuentas anualmente a los herederos.

¹¹⁷ *Idem.*

f) Pagar las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.

El pago de las deudas dejadas por el autor de la herencia y las que se generaron por su muerte, deben de ser pagadas por el albacea.

g) Garantizar su Manejo.

El albacea debe garantizar el correcto manejo de su cargo, por medio de fianza, prenda o hipoteca; el testador no puede eximir al albacea de esta obligación, pero pueden hacerlo los herederos. Si el albacea es heredero o legatario, su porción o legado servirán de garantía.¹¹⁸

h) Partición y Adjudicación de los Bienes.

El albacea presentará el proyecto de partición de los bienes una vez que se haya concluido la liquidación, pero tiene la obligación de realizar un reparto provisional de los frutos y productos que generen los bienes hereditarios.

i) Defensa de la Validez del Testamento en Juicio y Fuera de él.

Una de las obligaciones del albacea es cumplir los deseos e intenciones del autor de la herencia, por lo tanto debe defender la validez del testamento sin importar los argumentos del testador o que sus decisiones sean agradables o no, por ello, si alguien impugnara la validez del testamento, le corresponde al albacea la defensa del mismo.

¹¹⁸ El artículo 3050 del CCJ, establece el tiempo de tres meses contados a partir de la aceptación del cargo de albacea, para que garantice el correcto manejo del albaceazgo.

j) Defensa de la Herencia en Juicio y Fuera de él.

El albacea tiene la obligación de defender la herencia dentro y fuera de juicio.

k) Representar a la Sucesión.

El Albacea está obligado a representar a la sucesión en todos los juicios que se promuevan en su nombre o que se promovieren en contra de ella.

l) Entregar al Ejecutor Especial lo Necesario para su Encargo.

Cuando el testador haya nombrado un executor especial, es obligación del albacea entregar a éste las cantidades o cosas necesarias para el cumplimiento de su encargo.

m) Las Demás que Imponga la ley.**8. Terminación del Cargo de Albacea, Conforme al Código Civil del Estado de Jalisco.**

A continuación se explicarán de manera breve las causas de terminación del cargo de albacea:

a) Por término natural del encargo.

Es la conclusión de los asuntos y negocios que tengan relación con el desempeño del albaceazgo, teniendo en cuenta que el albacea tiene un año, contando desde su aceptación o desde que terminen los litigios que se promovieron sobre la validez o

nulidad del testamento, pero si tales litigios llegaran a prolongarse más de un año, cesará el albacea y se procederá al nombramiento de otra persona que desempeñe el cargo; y el albacea originalmente designado desempeñará el cargo solo por un año más, siempre y cuando los herederos por causa justificada prorroguen el nombramiento.

b) Por la Muerte del Albacea.

En caso de muerte del albacea, de acuerdo al artículo 3034, el cargo podría ser ejercido por quien siga al albacea difunto en el orden que haya señalado el testador.

c) Por Incapacidad Legal del Albacea.

Cuando el albacea se encuentra en una situación de incapacidad legal, ésta tiene que ser declarada legalmente, por que conforme al artículo 3020 del CCJ, es necesario que el albacea tenga la capacidad para disponer de sus bienes, de lo contrario se encuentra impedido para continuar dicho cargo y procederá la designación de un nuevo albacea.

d) Por Excusa que el Juez Califique de Legítima.

La excusa debe presentarse por el albacea dentro de los seis días siguientes a aquél en que tuvo conocimiento de su nombramiento o si éste ya sabía de la existencia de dicho nombramiento tendrá seis días a partir de la muerte del testador, si dentro de ese termino no lo llevara acabo, el albacea responderá por los daños y perjuicios que ocasione; los motivos por los cuales un albacea puede excusarse las establece el artículo 3040 del CCJ.

e) Por la Terminación del Plazo Señalado por la Ley o las Prórrogas Concedidas para el Desempeño del Albaceazgo

La terminación del cargo de albacea no opera de forma automática con el paso del tiempo, ya que de lo contrario la sucesión quedaría sin administrador. Así lo establece la siguiente tesis jurisprudencial:

No de registro: 354876
Tesis Aislada
Materia (s): Civil
Época Quinta
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
LXIII
Página: 893

ALBACEAS, DURACIÓN DEL CARGO DE LOS.- Es inexacto que el plazo de un año que la ley concede para el desempeño del Albaceazgo, sea perentorio y definitivo, de tal manera que su propio transcurso ponga fin a las funciones que le sean propias y que la misma ley, lejos de establecer que es improrrogable, lo señala al contrario, como prorrogable, por lo que no hay duda que cuando el lapso en cuestión fenece, si los interesados, en el fiel cumplimiento de aquel cargo, no hacen valer sus derechos, para que, por esa circunstancia cese en sus funciones el Albacea, éste debe seguir en ejercicio, legalmente, en tanto no haya una determinación judicial que disponga su remoción ya que las leyes no sólo no le permiten abandonar su encargo, sino que le obligan a seguir en su desempeño, mientras no se provea a la sustitución en la forma que las mismas determinan.”

f) Por Revocación del Nombramiento Hecha por los Herederos.

Es otra de las hipótesis de terminación del cargo de albacea, que se desarrollará ampliamente en el siguiente capítulo.

g) Por Remoción.

De igual forma que el inciso anterior, se desarrollará en el siguiente capítulo.

9. Causas de Terminación del Cargo de Albacea en el Derecho Comparado.

9.1 Causa de Terminación del Cargo de Albacea en el Derecho Argentino.

Como anteriormente se mencionó, en el derecho argentino el cargo de albacea testamentario es conferido por el de *cujus* a una persona en quien deposita su plena confianza para que lleve a cabo la ejecución de su última voluntad, pero en lo que respecta a la naturaleza jurídica de esta figura, se considera que es un mandato *post mortem*, con ciertas características muy particulares, cuyo principal objetivo es cumplir la última voluntad del testador.

El Código Civil¹¹⁹ de Argentina en su Libro IV titulado de los Derechos Reales y Personales, Sección Primera denominada de la transmisión de los derechos y por muerte de las personas a quienes correspondían, en su artículo 3865 establece que el cargo de albaceazgo acaba por la ejecución completa del testamento, incapacidad sobreviviente, por muerte del albacea, por la destitución ordenada por el juez y por dimisión voluntaria.

Por su parte, el artículo 3864 establece que los herederos pueden pedir la destitución del albacea, por su incapacidad para el cumplimiento del testamento, por mala conducta en sus funciones o por haber quebrado en sus negocios.

Es importante hacer notar que el Código en cuestión en su artículo 3851 señala que las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo a las leyes y si no las hubiere designado, el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias, sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador, por lo tanto, las funciones de dicho ejecutor se encuentran

¹¹⁹ Código Civil Argentino, [htt: //codigocivilonline.com.ar/codigo_civil:online_3844_3874.html](http://codigocivilonline.com.ar/codigo_civil:online_3844_3874.html), fecha de consulta: 28 de junio de 2011.

perfectamente delimitadas por el codificador en el artículo anteriormente señalado, donde se advierte que los albaceas son mandatarios del testador y no de los herederos, así que no depende de estos últimos su separación del cargo, lo que lleva como consecuencia que los herederos no puedan decidir por sí la destitución del albacea.

9.2 Causas de Terminación del albaceazgo en el Derecho Francés.

En el derecho francés el “albacea es un mandatario elegido por el difunto a fin de asegurar el cumplimiento de su testamento”,¹²⁰ reconociéndosele al albaceazgo la naturaleza jurídica del mandato post mortem; es así como el código civil francés en su artículo 1025 establece de una manera muy clara y precisa que:

La ejecución testamentaria es el cumplimiento de un mandato que el testador da a una persona de vigilar después de su muerte la ejecución de sus últimas voluntades.¹²¹

La legislación francesa no determina causas de terminación del albaceazgo, más es importante puntualizar que la doctrina establece que al ser considerado el albaceazgo una variedad del mandato se tiene como causas de su terminación las establecidas en el mandato, obviamente adaptadas a las circunstancias del albaceazgo como a continuación se establecen:

1. Muerte del albacea;¹²²
2. Renuncia del albacea;
3. Revocación del albacea;
4. Cuando todas las disposiciones del testamento estén cumplidas.¹²³

¹²⁰ PLANIOL, Marcelo, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo V, Tr: Dr, Mario Díaz Cruz, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1997, pp. 726 a 727.

¹²¹ BOULANGER, op.cit. p. 388.

¹²² Las causas de terminación del mandato están contenidas en el Código Civil Francés en el artículo 2003.

Respecto a la revocación, ésta puede hacerse por los herederos en caso de incapacidad o infidelidad, pero esta destitución no dependerá solamente de la voluntad de los herederos, sino que será por decisión judicial; más la doctrina establece que si por alguna de las anteriores causas el albacea testamentario no pudiere cumplir con su misión, los herederos y legatarios no podrán hacer que los tribunales nombren a otro albacea, salvo que el testador hubiere previsto expresamente el caso, ya que se trata de una misión *intuitu personae*.

¹²³ Código Civil Francés, http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/civestxt.htm#, Capítulo IV: De los diferentes modos de acabarse el mandato, fecha de consulta: 28 de junio de 2011.

CAPITULO V: REMOCIÓN Y REVOCACIÓN DEL ALBACEA TESTAMENTARIO.

1. Remoción del Cargo de Albacea.

El diccionario de la Lengua Española establece como significado gramatical de la palabra remoción, la privación del cargo o empleo.¹²⁴

El primer antecedente de la figura de la remoción como una de las causas de terminación del albaceazgo, lo encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1871, en el que se establece que el cargo de albacea¹²⁵ e interventor acaban:

- I. Por el término natural del encargo;
- II. Por muerte;
- III. Por incapacidad legal declarada en forma;
- IV. Por excusa que el juez califique de legítima con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o el fisco;
- V. Por el lapso del término señalado por el testador ó por la ley;
- VI. Por remoción, la que no tendrá lugar sino por sentencia pronunciada a petición de parte legítima y con audiencia del interesado.

En el estado de Jalisco, se adoptó el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1871 con sus respectivas reformas, de donde se derivó la formulación y publicación del CCJ del año 1887, en donde se establecía en su artículo 3770, las causas de terminación del albaceazgo de la siguiente manera:

- I. Por el término natural del encargo;
- II. Por muerte;
- III. Por incapacidad legal declarada en forma;
- IV. Por excusa que el juez califique de legítima con audiencia de los interesados y del Ministerio público, cuando se interesen menores o el fisco;
- V. Por el lapso del término señalado por el testador ó por la ley;
- VI. Por remoción, la que no tendrá lugar sino por sentencia pronunciada á (sic)

¹²⁴ Diccionario de la Lengua Española, *Remoción*, Tomo II, España, Editorial Espasa, 2001, p.1941.

¹²⁵ Artículo 3749 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Tepic y Baja California de 1871.

petición de parte legítima y con audiencia del interesado.

Como se puede apreciar, los códigos anteriormente citados contemplaron a la remoción como una de las causas de terminación del albaceazgo, donde ésta suponía siempre una causa justificada, a petición de uno de los herederos, con audiencia del interesado y con el pronunciamiento de una sentencia para que se removiera al albacea de su cargo; sin que dichas legislaciones contemplaran la revocación como una causa más de terminación del albaceazgo.

Actualmente el CCJ en su artículo 3095 contempla las siguientes causas de terminación del cargo de albacea e interventor:

- I. Por el término natural del encargo;
- II. Por muerte;
- III. Por incapacidad legal, declarada en forma;
- IV. Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Agente de la Procuraduría Social, cuando se interesen menores o la beneficencia pública;
- V. Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo;
- VI. Por revocación de sus nombramientos, hecho por los herederos; y
- VII. Por remoción.

Es importante considerar que el CCJ y CPCJ establecen respectivamente en sus artículos 3075 y 905 que los herederos podrán pedir la remoción del albacea, en el incidente respectivo estableciendo las siguientes causas justificadas:

Artículo 3075.-El albacea será removido en los casos expresamente señalados por la ley si no diere la garantía debida, dentro de los términos correspondientes, o enajenare los bienes con que acreditó su solvencia, sin otorgar antes nueva garantía, cuando no rinda cuentas dentro de los treinta días siguientes al período a que deben referirse; y siempre que falte gravemente al cumplimiento de sus obligaciones, como albacea.

Artículo 905.- Los interesados, además de los casos ya previstos, podrán pedir, en el incidente respectivo, la separación del albacea, en los siguientes casos:

- I. Si no presentare el proyecto de partición dentro del término indicado en el

artículo anterior o dentro de la prórroga que le concede los interesados por mayoría de votos;

- II. Cuando no haga manifestación a que se refiere la parte final del artículo anterior, dentro de los tres días que sigan a la aprobación de la cuenta;
- III. Si no presentare el proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios dentro de los plazos legales; y
- IV. Cuando durante dos bimestres consecutivos, sin justa causa, deje de cubrir a los herederos o legatarios la porción de frutos que les corresponda.

El incidente de remoción de albacea contemplado en el artículo 3076¹²⁶ del CCJ vigente, se dará por alguna de las causas anteriormente señaladas, cuando el albacea incurra en incumplimiento de sus obligaciones y se tramitará a petición de cualquiera de los herederos, toda vez que cuando el albacea incurre en alguna de las faltas u omisiones señaladas en los antes enunciados artículos 3075 del CCJ y 905 del CPCJ, ocasiona que se esté en presencia de un mal manejo de la masa hereditaria, generando con ello un menoscabo en el que, una vez concluido el trámite sucesorio, será el patrimonio de los herederos.

2. Revocación del Cargo de Albacea.

La palabra revocación en derecho significa: acto jurídico en virtud del cual una persona se retracta de lo que ha otorgado a favor de otra, dejándolo sin efecto, siendo posible únicamente en los actos de carácter unilateral, como el testamento o el mandato.¹²⁷

En sentido gramatical significa: acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por la voluntad del otorgante.¹²⁸ Por lo tanto, con la revocación se deja sin efecto una medida, decisión o acuerdo, pero en ella debe estar implícita la manifestación de la

¹²⁶ **Artículo 3076.-** La remoción no tendrá lugar sino por sentencia pronunciada en el incidente respectivo, promovido por parte legítima. En el caso de la conclusión del término y las prórrogas concedidas, será necesaria declaración del juez que conoce de la sucesión, la que podrá dictarse de plano.

¹²⁷ PINA, Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 445

¹²⁸ Diccionario de la Real Academia Española, Revocación, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura, fecha de consulta 20 de julio de 2011.

voluntad de quien la otorgó, para de esta manera, dejar sin efecto una medida anterior.

En los testamentos se muestra con bastante claridad la acción revocatoria por medio de la cual el testador rehace o deshace su voluntad cuando deja sin efectos la declarada en anterior testamento, estableciendo nuevas disposiciones o cambiando todo el testamento, por lo tanto la revocación, para surtir efectos, debe provenir de una declaración unilateral válida por parte del propio testador.

Es así como también en el derecho romano se reconoce el siguiente aforismo: *Ambulatorias est voluntas hominis usque ad vital supremum exitum* que significa: La voluntad del hombre es mudable hasta el último momento de su vida; pero no solo en el derecho romano se da esta situación si no que también se da en nuestro CCJ al establecer que la voluntad del testador es cambiante hasta su muerte.

Los antecedentes legislativos de esta figura son los siguientes:

La legislación colonial determinaba que el oficio del albacea acaba por: “Por su muerte (sic), por la revocación del testador, por enemistad que sobrevenga entre los dos, por impedimento, locura ó (sic) fatuidad del testamentario, por el transcurso del tiempo ó (sic) término asignado para evacuar su comisión, por complemento y ejecución de ella, y, por haber cesado la causa porque fue constituido”.¹²⁹

Como anteriormente se señaló, los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1871 y 1884, así como el CCJ de 1887, establecieron las mismas causas de terminación del albaceazgo, sin contemplar la revocación hecha por los herederos, pero el primer antecedente que se tiene al

¹²⁹ MURILLO, op cit. p. 53.

respecto es en la exposición de motivos del CCDF de 1928 donde los legisladores establecieron lo siguiente:

Se concedió a los herederos el derecho de revocar libremente el nombramiento de albacea, garantizando en todo caso las ventajas o remuneración que éste obtendría por el desempeño de este cargo, cuando la revocación fuere hecha sin causa justificada. Se defendieron los derechos de las minorías en los juicios sucesorios, concediéndoles la facultad de nombrar interventores, en forma tal, que fueran realmente los legítimos representantes de sus intereses.¹³⁰

Por lo tanto se estableció en sus artículos 1745, 1746 y 1747 lo siguiente:

Artículo 1745.- Los cargos del albacea e interventor terminan:

- I. Por el término natural del encargo;
- II. Por muerte;
- III. Por incapacidad legal, declarada en forma;
- IV. Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública;
- V. Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo;
- VI. Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos;
- VII. Por remoción.

Artículo 1746.- La revocación puede hacerse por los herederos en cualquier tiempo, pero en el mismo acto debe nombrarse al sustituto.

Artículo 1747.- Cuando el albacea haya recibido del testador algún encargo especial, además del de seguir el juicio sucesorio para hacer entrega de los bienes a los herederos, no quedará privado de aquél encargo por la revocación del nombramiento de albacea, que hagan los herederos. En tal caso, se considerará ejecutor especial y se aplicará lo dispuesto por el artículo 1701.

Como se puede observar, en la exposición de motivos antes citada se señala que a los herederos se les concedió el derecho de revocar el nombramiento de albacea libremente sin que el legislador de una explicación jurídica de por qué la voluntad de los herederos puede sobrepasar a la del testador, ya que el hecho de garantizar las ventajas o remuneraciones que éste obtendría por el desempeño de su

¹³⁰ GARCÍA, op.cit. p. 38.

cargo de ninguna manera justifica que los sucesores, motu proprio y sin motivo alguno quiten su nombramiento al albacea testamentario y pongan al que dicte su voluntad debido a que bajo ese contexto, se les permite a los sucesores contravenir la voluntad del *de cujus*, no obstante que el principal objetivo de un testamento es que se respete y de cumplimiento a la última voluntad al autor de la sucesión, siendo esta una inserción legislativa injustificada ya que en el CCJ de 1887, se establecía un procedimiento para llevar a cabo la remoción, sin existir aún la figura de la revocación del albacea testamentario hecha por los herederos.

En el Decreto número 3830 de fecha 6 de junio de 1933, que entró en vigor el día primero de enero de 1936, el legislador jalisciense reformó los artículos 1664, 1665 y 1666, señalando en su exposición de motivos lo siguiente: “se reformó determinando con claridad los casos en que debe ser removido el albacea, incluyendo entre esos casos la falta de otorgamiento de la garantía, la falta de rendición o aprobación de cuentas y otros que, siendo una grave falta o un gran peligro, habían quedado sin sanción”¹³¹. Con lo anterior se hace evidente la inexistencia de una explicación jurídica de por qué el legislador jalisciense decidió trasladar del CCDF de 1928 la figura de la revocación como causa de terminación del albaceazgo por la simple voluntad de los herederos.

Por lo tanto, el artículo 1664 del CCJ del año de 1936 establece que el cargo de albacea e interventor acaban:

- I. Por el término natural del encargo;
- II. Por muerte;
- III. Por incapacidad legal, declarada en forma;
- IV. Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o la

¹³¹ VILLALOBOS, I, *Exposición de Motivos y Fundamentos que han servido a la Comisión que suscribe para hacer las reformas al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales con el fin de adaptarlo para el Estado de Jalisco*, Puebla, Editorial Cajica, 1961, p. 33.

- Beneficencia Pública;
- V. Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo;
 - VI. Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos;
 - VII. Por remoción;

Artículo 1665.- La revocación puede hacerse por los herederos en cualquier tiempo, pero en el mismo acto debe nombrarse el sustituto.

Artículo 1667.- Si la revocación se hace sin causa justificada el albacea removido tiene derecho de percibir lo que el testador le haya dejado por el desempeño del cargo o el tanto por ciento que le corresponda conforme al artículo 1660, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el artículo 1662.

Artículo 1668.- El Albacea será removido en los casos expresamente señalados por la ley: si no diere la garantía debida, dentro del término correspondiente, o enajenare los bienes con que acreditó su solvencia, sin otorgar antes nueva garantía; cuando no rinda cuentas dentro de los quince días siguientes al período a que deben referirse; y siempre que falte gravemente al cumplimiento de sus obligaciones, como albacea.

Respecto a la remoción el artículo 1669 establece que:

La remoción no tendrá lugar sino por sentencia pronunciada en el incidente respectivo, promovido por parte legítima. En el caso de la fracción V del artículo 1664, será necesaria declaración del juez que conoce de la sucesión, la que podrá dictarse de plano.

El Código Civil del Estado de Jalisco vigente, en sus artículos 3073, 3074, 3095 y 3096, señala:

Artículo 3073.- Cuando el albacea haya recibido del testador algún encargo especial, además del de seguir el juicio sucesorio para hacer entrega de los bienes a los herederos, no quedará privado de aquel encargo por la revocación del nombramiento de albacea que hagan los herederos. En tal caso, se considerará como ejecutor especial.

Artículo 3074.- Si la revocación se hace sin causa justificada, el albacea removido tiene derecho de percibir lo que el testador le haya dejado por el desempeño del cargo o el tanto por ciento que le corresponda.

Artículo 3095.- Los cargos de albacea e interventor, acaban:

- I. Por el término natural del encargo;
- II. Por muerte;
- III. Por incapacidad legal, declarada en forma;
- IV. Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Agente de la Procuraduría Social, cuando se interesen menores o la beneficencia pública;
- V. Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo;
- VI. Por revocación de sus nombramientos, hecho por los herederos; y
- VII. Por remoción.

Artículo 3096.- La revocación puede hacerse por los herederos en cualquier tiempo, pero en el mismo acto debe nombrarse al sustituto.

3. Jurisprudencia y Tesis Aisladas.

El Poder Judicial de la Federación ha establecido los siguientes criterios con relación a la revocación del albacea:

No. Registro: 356040
Tesis Aislada
Materia(s): Civil
Época Quinta
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
LIX
Página: 773

ALBACEA, REVOCACIÓN DEL CARGO DE (LEGISLACIÓN DE COAHUILA) Entre las formas que el artículo 1642 del Código Civil del Estado de Coahuila, señala para que acabe el cargo de albacea, la fracción VI del citado precepto, menciona la revocación del nombramiento hecho por los interesados, y el artículo siguiente faculta a los herederos para hacer esa revocación en cualquier tiempo, imponiéndoles solamente la obligación de nombrar en el mismo acto el sustituto, y como las disposiciones citadas no distinguen los casos en que el albacea haya sido designada por los herederos o por el juez, es indudable que los herederos reconocidos en una sucesión, tiene el derecho de revocar el nombramiento de un albacea, aun cuando el

mismo haya sido designado por el Juez, y señalar a la persona que debe sustituirlo en dicho cargo.

No. registro: 812134
Aislada
Materia (s): Civil
Época Octava
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Informes, 1988, Parte III
Tesis: I
Página: 923

ALBACEA, REVOCACIÓN DEL CARGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).- El Código Civil del Estado de Michoacán, no hace distinción alguna respecto al derecho que tienen los herederos para revocar el nombramiento de albacea, esté condicionado a que haya sido otorgado por mayoría de ellos o por decreto de autoridad judicial: y en tal circunstancia, debe estarse al principio general de derecho que establece que donde la ley no distingue, el juzgador legalmente tampoco lo puede hacer. En esa virtud, no hay impedimento para que con posterioridad a la designación o nombramiento, la voluntad mayoritaria de los herederos, revoque ese cargo y se tenga como albacea al propuesto por la mayoría, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1603 fracción VI y 1604, del código en comento.

No. Registro: 218902
Tesis Asilada
Materia(s): Civil
Época Octava
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente. Semanario Judicial de la Federación
X, Julio de 1992
Tesis: IV. 2º.84 C
Página: 335

ALBACEA TESTAMENTARIO, REVOCACION DEL CARGO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).- Estableciendo expresamente los artículos 1642, fracción VI y 1643 del Código Civil de esta entidad, que la revocación del cargo de albacea puede hacerse por los herederos en cualquier tiempo se refiere a todos ellos y no a una mayoría, pues del contenido del articulado que forma el capítulo cuarto, título quinto del citado código, se deduce que cuando el legislador ha querido que la mayoría de los herederos sea la que decida, así lo ha dispuesto expresamente, señalado, inclusive, la forma en que deberá calcularse la mayoría en todos los casos a que se refiere dicho capítulo, fijando las reglas relativas en el artículo 1580 del código invocado. Por lo tanto, no existiendo disposición expresa que diga que la revocación del cargo de albacea testamentario pueda hacerse por la mayoría de los herederos, debe estarse a la regla general de la emisión del voto de todos ellos, pues el legislador dejó primero a la voluntad del testador la designación de albacea, y solamente a la mayoría de los herederos cuando no hubiere designado albacea o el nombrado no desempeñare el cargo; pero si hubo designación y aceptación del

cargo, dicho albaceazgo debe subsistir hasta en tanto la unanimidad de los herederos disponga lo contrario mediante la revocación del cargo, pues únicamente en ese supuesto la potestad del autor de la herencia cede ante la de los herederos, por lo que de existir sólo mayoría, seguirá prevaleciendo la voluntad del testador, ya que la mayoría manda únicamente en los casos establecidos por la ley, lo que no ocurre tratándose de la revocación sin causa del nombramiento de albacea por parte del testador.

4. Problemática

Tal y como se expuso anteriormente el testador tiene la facultad de nombrar a una o mas personas de su plena confianza para que lleven a cabo el cumplimiento de sus últimas voluntades plasmadas en el testamento; en dado caso que el testador no haya designado albacea, los herederos por mayoría de votos, tendrán la facultad de nombrarlo y si no existiera acuerdo entre los herederos para nombrar albacea, el juez nombrará a uno de entre los propuestos.

Luego entonces, el artículo 3095 del CCJ contempla entre otras hipótesis la terminación del cargo de albacea por la revocación efectuada por los herederos o por la remoción; mientras esta última supone siempre una causa justificada,¹³² la revocación del albacea depende única y exclusivamente del arbitrio de los herederos, sin prevenirse la forma en que debe tramitarse la solicitud de la revocación de dicho cargo, ya que no necesariamente debe seguirse el señalado para la remoción, es decir, por medio de la vía incidental, porque no se considera regla general, sino como caso de excepción, limitado única y exclusivamente a esta última, por así estar consignado en la legislación relativa y en la tesis:

No. registro: 246540
Tesis Aislada
Materia (s): Civil
Época: octava
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

¹³² Artículo 3075 del Código Civil para el Estado de Jalisco.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo X, Julio de 1992
Tesis: IV.2º.84 C
Página: 335

ALBACEA, SU REMOCIÓN NO IMPLICA TRAMITE DE REVOCACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ZACATECAS) El artículo 1715 del Código Civil de Zacatecas, de vigencia anterior, contempla, entre otras hipótesis de terminación de los cargos de albacea o interventor, la revocación de sus nombramientos efectuados por los herederos o por remoción. Mientras esta última supone siempre una causa justificada, la revocación del albacea depende única y exclusivamente del arbitrio de los herederos, y al no prevenirse la forma en que debe tramitarse la solicitud de revocación de dicho cargo, no necesariamente debe seguirse el señalado para la remoción, es decir, mediante la vía incidental, pues no se considera como regla general, sino como caso de excepción, limitado única y exclusivamente a este último, por así estar consignado en la legislación relativa.

Aunado a lo anterior, entre las formas de terminación del cargo de albacea contempladas en el artículo 3095 del CCJ está regulada la revocación de su nombramiento hecha por los herederos a la que se refiere la fracción VI del citado precepto y en el artículo siguiente se faculta a los sucesores para revocarlo en cualquier tiempo, imponiéndose solamente la obligación de nombrar en el mismo acto al sustituto y como las disposiciones antes citadas no distinguen los casos en que el albacea haya sido designado por los herederos, testador o por el juez, es indudable que los herederos reconocidos en una sucesión, en la legislación actual vigente, tienen el derecho de revocar el nombramiento de un albacea, aún cuando el mismo haya sido designado por el testador, con la única obligación de señalar en el mismo acto a la persona que debe sustituirlo en dicho cargo, situación ésta que se contrapone con la función principal de los testamentos ya que éstos se formulan con el primordial objetivo de que se respete la última voluntad del *de cuius* y si se considera que la designación del albacea testamentario la realiza el autor de la sucesión efectuando un acto de voluntad, consecuentemente es inconcuso que la legislación sustantiva civil local, al permitir a los herederos que, en el momento en que ellos así lo decidan, revoquen al albacea testamentario que legalmente haya aceptado desempeñar su cargo, bajo esta hipótesis el CCJ faculta a los herederos

para que su voluntad esté por encima de la del autor de la sucesión, lo que resulta evidentemente ilógico si se parte de la premisa de que el testamento es el instrumento jurídico con el que se garantiza el cumplimiento de las últimas voluntades del *de cuius* y una de esas últimas voluntades es la que establece el autor de la sucesión al designar a la persona que será la encargada de que se de debido cumplimiento a sus disposiciones testamentarias.

CONCLUSIONES

A lo largo de la presente obra, se sostiene que la figura del albacea testamentario encuentra su origen en la conveniencia que tiene el autor de la sucesión de que exista una persona de su confianza que vele por el fiel cumplimiento de las disposiciones testamentarias para después de su muerte; esa facultad que tiene el testador de nombrar por su voluntad a uno más albaceas es con la finalidad de otorgarle más seguridad jurídica de que sus disposiciones serán llevadas a cabo después de su muerte, ya que el autor puede temer que los herederos sean negligentes o parciales en su actuar y de ésta forma se asegura que designando una persona de su confianza se cumpla lo dispuesto en su testamento.

Pero al existir en el CCJ la figura de la revocación realizada por los herederos como una forma de terminación del albaceazgo testamentario, nos encontramos ante actos privativos que dejan sin efecto la voluntad del testador, ya que conforme a la doctrina, los herederos son meros continuadores de la personalidad del causante, sin ser substitutos absolutos, de manera que la voluntad contenida en la memoria testamentaria debe ser revocable única y exclusivamente por el propio testador, ya que la aludida revocación por los herederos injustificadamente contraviene la voluntad del autor de la sucesión; además de que el legislador no llegó a comprender el significado gramatical y jurídico de la palabra revocación, pues ésta implica dejar sin efecto una medida, decisión o acuerdo anterior establecidos por la voluntad del otorgante, substituyéndolos en su caso por nuevas medidas, decisión o acuerdos, por lo tanto, para que llegue a surtir efectos, la revocación del albacea testamentario debe provenir de una declaración unilateral válida por parte exclusivamente del testador quien aún en vida puede tomar la decisión o acuerdo de revocar al albacea que él mismo designó con anterioridad, ya que si la revocación del albacea testamentario proviene de los herederos, ésta constituye un incumplimiento, una

violación a la voluntad del testador y por tal motivo no debe surtir ningún efecto legal.

Con base en lo antes expuesto, con toda claridad se puede concluir que el testador, en pleno uso de sus facultades y en ejercicio de su libre albedrío expresa su voluntad, la cual no se debe trastocar y mucho menos privar, precisamente porque los particulares están en condiciones de llevar a cabo todos los actos de voluntad que no sean contrarios a las disposiciones de orden público y social, siendo precisamente el testamento un acto espontáneo, libre de toda coacción y el más alto ejercicio de la voluntad, al disponer de la totalidad del patrimonio del autor de la sucesión; en consecuencia los herederos son sus causahabientes y no deberían alterar la voluntad del testador; no obstante, la norma civil jalisciense indica lo contrario, sin considerar que, en congruencia con el objetivo principal de los testamentos que es el respeto a la última voluntad del *de cuius*, y en congruencia además con el significado gramatical del vocablo revocación, el autor de la sucesión debe ser el único facultado para revocar al albacea que previamente designó en su testamento.

Consecuentemente con el hecho de que se les permita a los herederos, después de la muerte del autor de la sucesión revocar en cualquier momento al albacea testamentario que haya aceptado el cargo, significa que la última voluntad del *de cuius* contenida en un testamento respecto del nombramiento de albacea, en el CCJ, se convierte en letra muerta, sin que la designación que hizo el autor de la sucesión aún en vida tenga trascendencia alguna, de manera que el legislador jalisciense, antes de otorgar a los herederos el derecho de privar al *de cuius* en su acto de voluntad, debió distinguir si el nombramiento de albacea se realiza por el testador, los herederos o por el juez, y sólo ante la ausencia de la voluntad expresa del testador, y que por tal motivo los herederos designen albacea se debe tener como posible la revocación prevista en el artículo 3095 fracción VI y 3096.

Por otro lado, la voluntad del autor de la sucesión ha sido históricamente respetada en el ámbito del derecho. En efecto, recordemos que en Roma la división de la propiedad familiar y las cosas propias del jefe de familia, permitió que el testamento fuera concebido como un acto de última voluntad, destinado a la disposición de bienes y obligaciones para después de la muerte del testador, interesándole al orden público que tuviera cumplimiento la última voluntad de los hombres, lo cual quedó establecido en la tesis "*In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*",¹³³ su explicación: En los Testamentos debe interpretarse plenamente la voluntad del testador.

Por otra parte en las regiones de derecho francés escrito, por la influencia de derecho romano, la voluntad del testador fue el fundamento y base de la transmisión hereditaria limitada por la legítima, y se tuvo como principal objetivo hacer de la sucesión testamentaria la transmisión ideal ya que en ella se revelaba la voluntad del titular de los bienes; así pues, con base en esos antecedentes históricos, se sostiene que el legislador local no debe ponerle freno a la voluntad del *de cuius*, muy al contrario, su finalidad debe ser la del respeto absoluto de la voluntad del difunto. Por lo tanto, si las características del testamento nos llevan a referirnos a él como un acto jurídico de última voluntad donde el testador tiene conciencia de lo que está llevando a cabo, haciendo las deliberaciones necesarias para llegar a la decisión o elección correcta hasta manifestar las disposiciones que se van a llevar a cabo después de su muerte, por lo tanto, si de manera clara y precisa el testador establece en su testamento quién será la persona que se encargará de velar por la correcta ejecución de su última voluntad, el legislador indebidamente otorga la facultad de suplantarla al establecer la figura de la revocación del albacea testamentario por parte de los herederos, sin existir alguna causa jurídica que justifique por qué el legislador regula

¹³³ BRONCHORST, Ever, *Explicaciones al Título del Digesto, de Diversas reglas de Derecho Antiguo*, Tr: Pedro Ruano, México, Imprenta Lara, 1868, p.68.

una situación de voluntad establecida de manera clara por el testador. Y lo que es más, el legislador establece la figura de la revocación del albacea realizable por los herederos empleando un término gramatical erróneo debido a que, como ya se expuso, si se utiliza adecuadamente el castellano y conforme al Diccionario de la Lengua Española, solo puede revocar el que por su voluntad celebró el acto jurídico que se deja sin efecto, de manera tal que si se emplea adecuadamente la gramática, al albacea testamentario, solo debe poder revocarlo el *de cujus*.

Por lo que respecta a los antecedentes legislativos, es importante recordar que el CCJ contenido en el decreto promulgado el 31 de enero de 1887, no contemplaba la revocación del albacea por los herederos, posteriormente en el CCJ promulgado el 27 de febrero de 1935, ya se establece la revocación del cargo de albacea testamentario por los herederos y dicha institución se traslada al CCJ de 1995, más sin embargo es importante resaltar que en la exposición de motivos de esta última legislación, los integrantes de la Comisión Redactora, con toda claridad insisten en que la voluntad del testador no tiene restricción alguna, lo cual sin duda comprende la voluntad para designar a su albacea testamentario o el orden de las personas que designa para ejercer dicho cargo, tomando en consideración todo lo antes expuesto, no existen justificación alguna para que el legislador en el CCJ permita la revocación hecha por los herederos como una forma de terminación del albaceazgo, porque además de limitar la voluntad del *de cujus* no existe una razón jurídica para que se haya contemplado en el CCDF de 1932 y posteriormente la haya tomado el legislador jalisciense para los posteriores códigos del estado.

También es importante analizar el derecho comparado de donde se desprende que un país como Argentina considera que la naturaleza del albaceazgo es una figura de mandato *post mortem*, cuyo mandatario tiene como principal objetivo la ejecución de la voluntad del *de cujus*, al grado que la doctrina lo nombra como un

ejecutor testamentario, con la salvedad que la ley contempla su posible destitución, la que debe ser decretada por el juez a petición de los herederos, siendo muy importante destacar que el albacea testamentario es considerado un mandatario del testador y no de los herederos, por lo que no depende de la sola voluntad de estos últimos, su separación. Es oportuno señalar que el artículo 3864 del Código Civil Argentino, en el que se establecen las causas por las que los herederos pueden pedir al juez la destitución del albacea, guarda similitud en su contenido jurídico, con lo contemplado en los artículos 3075 del CCJ y 905 del CPCJ, esto debido a que los dos últimamente citados numerales, mencionan aquellas causas justificadas por las cuales, mediante el correspondiente trámite por vía incidental, los herederos pueden remover o destituir de su encargo al albacea; consecuentemente, el antes aludido artículo 3864 del Código Civil Argentino, resulta acorde con la propuesta que se presentará en este trabajo de investigación, debido a que la revocación del cargo de albacea testamentario estará reservada única y exclusivamente al propio testador y la remoción o destitución del albacea testamentario solo podrá llevarse a cabo por los herederos, a través de la vía incidental, siempre y cuando el multicitado ejecutor encuadre en alguna de las hipótesis contempladas en los supralíneas mencionados artículos 3075 del CCJ y 905 del CPCJ.

Por su parte en el derecho francés el albacea testamentario es considerado un mandatario del testador, cuya terminación en el cargo se da por la mismas razones que en el mandato: en la doctrina francesa se contempla la figura de la revocación del albacea testamentario, pero este, al ser considerado un cargo personalísimo, no puede llevarse a cabo por la sola voluntad de los herederos, sino que se puede dar por la muerte o renuncia del albacea o bien por el cumplimiento de todas las disposiciones testamentarias.

Por lo tanto, es evidente que nos encontramos ante un problema de incorrecta

aplicación por parte del legislador jalisciense del vocablo revocación desde el punto de vista jurídico y gramatical, ya que en el CCJ se permite a los herederos revocar al albacea testamentario que acepta el cargo como tal, apartándose con ello del objetivo principal del testamento que es la expresión jurídica del respeto a la voluntad del autor de la sucesión, quien en plenitud de facultades designa a sus herederos o legatarios, pero, por su voluntad, también designa al albacea en quien deposita su absoluta confianza para que vele por el cumplimiento de su disposición testamentaria; consecuentemente es inconcuso que el CCJ debe reformarse para que, haciéndose uso adecuado jurídica y gramaticalmente del vocablo revocación, sea única y exclusivamente el autor de la sucesión quien aún en vida esté en posibilidades de revocar al albacea que él, por su propia voluntad, designó con anterioridad, limitando así a los herederos para que sustituyan al albacea testamentario que acepta el cargo solamente cuando éste encuadre en las hipótesis establecidas en el artículo 3075 de CCJ por las que se remueve al albacea, con lo que se homologaría la substitución del albacea testamentario con lo que al respecto se establece en el derecho comparado, específicamente en el derecho francés y argentino y se estaría en presencia de una figura del albaceazgo acorde con los antecedentes históricos del testamento en los que siempre se respetó íntegramente la voluntad del autor de la sucesión.

PROPUESTA

Por lo tanto, después de haber analizado los artículos del Código Civil de Estado de Jalisco vigente y en base a lo expuesto en este trabajo de investigación, propongo la modificación de los artículo 3073, 3074, 3095 fracciones VI y 3096, para que se establezcan de la siguiente manera:

Artículo 3073.- Cuando el albacea haya recibido del testador algún encargo especial, además del de seguir el juicio sucesorio para hacer entrega de los bienes a los herederos, no quedará privado de aquel encargo por su remoción en el propio juicio. En tal caso, se considerará como executor especial.

Artículo 3074.- Derogado.

Artículo 3095.- Los cargos de albacea e interventor, acaban:

- I. Por el término natural del encargo;
- II. Por muerte;
- III. Por incapacidad legal, declarada en forma;
- IV. Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del ministerio público, cuando se interesen menores o la beneficencia pública;
- V. Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo;
- VI. Por revocación de su nombramiento, hecho por los herederos siempre y cuando estos lo hayan designado, y
- VII. Por remoción.

Artículo 3096.- La revocación del albacea puede hacerse por los herederos en cualquier tiempo, siempre y cuando estos lo hayan designado y en el mismo acto debe nombrarse al sustituto.

ABREVIATURAS

CCF: Código Civil Federal.

CCJ: Código Civil del Estado de Jalisco.

CPCJ: Código de Procedimientos del Estado de Jalisco.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta, Ascanio, Hugo, *Iniciación al Derecho*, México, Editorial Empatía, [s. a].

Álvarez, José María, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Araujo, Valdivia, Luis, *Derecho de las cosas y Derecho de las Sucesiones*, Puebla, México, Editorial Cajica, 1965.

Argüello, Luis Rodolfo, “*Testamentum*”, Buenos Aires, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI, 1981.

Bañuelos, Froylan. *De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos*, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1975.

Baqueiro, ROJAS, Edgard, BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho Sucesorio*, México, Oxford, 2009.

Boulanger, Ripert, *Tratado de Derecho Civil, Según el Tratado de Planiol*, Tomo X, Tr: Delia García Daireaux, Buenos Aires, Ediciones la Ley, 1987.

Bronchorst, Ever, *Explicaciones al Título del Digesto, de Diversas reglas de Derecho Antiguo*, Tr: Pedro Ruano, México, Imprenta Lara, 1868.

Cavanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VI, Buenos Aires, República Argentina, Editorial Heliasta, 1414 edición.

Cavanellas, Guillermo, *Los Fundamentos del Nuevo Derecho*, Editorial Americalee, Buenos Aires, 1945.

Colin, Ambrosio y CAPITANT, H, *Curso Elemental de Derecho Civil*, tomo VII, Tr: Demofilo de Buen, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2002.

Fassi, Santiago C., *Tratado de los Testamentos*, Volumen II, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Rodolfo Desalma y Hnos, 1971.

García, Tellez, Ignacio, *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, México, 1932.

Gutiérrez, González, Ernesto, *El patrimonio, pecuniario y moral o derechos de la personalidad*, Editorial José M. Cajica, Puebla, 1971.

Ibarrola, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, México, Editorial Porrúa, 1986.

Josserand, Louis, *Derecho Civil*, Tomo III, Volumen III, Tr.: Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos aires, Cárdenas Editores y Distribuidores, 1951.

Lagrange, Eugenio, M. *Manual del Derecho Romano, Explicación de las Instituciones de Justiniano*. D. José Vicente y Caravantes, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1889.

Lozano, Antonio de J., *Colección de Códigos Mexicanos Vigentes, Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Tepic y Baja California*, México, Librería de la Vda. De Ch. Bouret, 1902.

Lozano, Tomás, *Testamento, Sucesiones y Algo Más*, México, Editorial Océano.

Mazeud, Henri y León, *Lecciones de Derecho Civil, La Transmisión del Patrimonio Familiar*, Volumen II, parte cuarta, Tr: Luis Alcalá Zamora, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1977.

Murillo, Pedro, *Practica de Testamentos*, México, Imprenta de la Voz de la Religión, 1848.

Ortolán, Joseph L., *Explicaciones Históricas de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Tomo II, Tr: Francisco Pérez Anaya, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Colección "Clásicos del Derecho", 2003.

Rojina, Villegas, Rafael, *Derecho Civil, Bienes, Derechos Hereditarios o Sucesiones*, El Nacional, 1942.

Planiol, Marcelo, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo V, Tr: Dr, Mario Díaz Cruz, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1997.

Petit, Eugene, *Tratado Elemental de derecho Romano*, México, Editorial Época, 1985, p.177. Apud. RAMOS, Arias, J, Derecho romano, Volumen I, [s.p.i] ,[s.a].

Pina, Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1999.

Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, Tr. Wenceslao

Roces, México, Antigua Librería Robredo, 1951.

Zanoni, Eduardo A, *Derecho de las Sucesiones*, Tomo I, Buenos Aires. Editorial Astrea, 1982.

Zanoni, A. Eduardo, *Derecho de las Sucesiones*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1983.

Villalobos, I. *Exposición de Motivos y Fundamentos que han servido a la Comisión que suscribe para hacer las reformas al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales con el fin de adaptarlo para el Estado de Jalisco*, Puebla, Editorial Cajica, 1961.