

REVISTA COLEGIO DE NOTARIOS

--- DE JALISCO---

SEGUNDO SEMESTRE 1990

Contenido

- El testamento como negocio jurídico	3	LIC. VALENCIA CARRANZA
- El Seguro de Títulos: Su insuficiencia como medio para acceder a la Seguridad Jurídica	13	MARCELO W. MIRANDA
- Deben reformarse los artículos 2961 y 2970 del Código Civil del Estado	23	LIC. ROGELIO ACEVES BARAJAS
- Una iniciativa o un fragmento de Ley, para el ejercicio de la profesión de Escribanos Públicos	29	TOMADO DE LA REVISTA NOTARIAL MEXICANA
La función asesora y parcial del Notario	39	LIC. CÉSAR EDUARDO AGRAZ
Principios Regístrales	49	BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
El notario del Patrimonio Inmueble Federal	93	LIC. DIEGO ROBLES FARÍAS

CONSEJO DE NOTARIOS

Presidente:

Lic. Adalberto Ortega Salís

Vice-Presidente:

Lic. Luis Robles Torres

Secretario:

Lic. Alejandro Navarro Flores

Tesorero:

Lic. Arturo Ramos Arias

Vocales:

Lic. Luis Ramírez Orozco

Lic. Cayetano Casillas y Casillas

Lic. Odilón Campos Navarro

Lic. Salvador García Rodríguez

Lic. Lorenzo Bailón Cabrera

Director de la Revista:

Lic. José Luis Leal Sanabria

Cuidado de la edición:

Lic. Enrique Berdejo

Domicilio: Gral. San Martín 227, Guadalajara, Jal,

Z.P. 44100 Tels: 52-30-10 FAX: 52-35-20

El testamento

como negocio jurídico

Yo, Uah, doy título de propiedad a mi esposa Sheftu la mujer de Yesab, quien es llamada Teta, la hija de Sat Sepdu, de todas las cosas que a mí me dio mi hermano Anku-ren. Ella podrá dar esos bienes a cualquiera de sus hijos nacidos de mí. Deberá ser el Gobernador, Gebue quien actúe como guardián de mi hijo. Dado en presencia de los testigos ...

Testamento que data del año 1805 A.C. descubierto en Kahun, Egipto por William Mathew Flienders Petrie, que pertenece a la colección arqueológica del museo de la Universidad de Londres.

Lic. Eleuterio Valencia Carranza

La palabra "ACTO" en la terminología jurídica tiene dos sentidos diferentes: por una parte designa una "operación jurídica", correspondiendo entonces al vocablo latino *negotium* y por la otra designa un "documento probatorio", respondiendo en este caso al término latino *instrumentum*.

Una venta, una donación, un pago, una remisión de deuda o un testamento, considerados en sí mismos y haciendo abstracción de su prueba, son ACTOS JURIDICOS. Los documentos públicos o privados en que se hacen constar tales operaciones, son ACTOS INSTRUMENTALES. En consecuencia, el "testamento" es un "acto jurídico", en tanto que "el documento" en que se hace constar el testamento es un "acto instrumental".

Testatio Mentis, son dos palabras del latín que quieren decir testimonio de la mente del hombre.

El negocio jurídico unilateral mortis causa, que el artículo 1229 del Código Civil para el estado de Jalisco, define como "un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara y cumple deberes para después de su muerte"; es un acto personalísimo, porque no puede hacerse por intermedio de otra persona, que actuara como representante; es también un acto esencialmente revocable, al punto de que el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, salvo disposición en contrario del testador (Art. 1428) Y porque la renuncia de la facultad de revocar el testamento, es nula; es asimismo un acto libre, en el sentido de que el testador debe manifestar su voluntad de manera libre y consciente, es decir, exenta de vicios, y también en el sentido de que no se coarta de ninguna manera la libertad del testador por el hecho de que haya otorgado otro anterior y que por ello se entienda que ha renunciado a revocar el anterior testamento y a otorgar otro nuevo. (Arts. 1257 y 1428).

El Art. 1230 estatuye que: "No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero"; esto es, prohíbe los testamentos llamados mancomunados o conjuntos. Por consiguiente, el testamento es un negocio jurídico que además de ser personalísimo es individual; en un acto sólo puede hacerse constar la declaración de voluntad de un solo testador y no de varios disponentes. Es, por tanto, como dice Antonio Cicú, un acto unipersonal. Este carácter de unipersonalidad tiene como fin garantizar la espontaneidad de la voluntad que ahí se manifiesta, es decir, la no concurrencia con otras voluntades que pudieran influirla. En el testamento no participa como otorgante sino el testador.

Por medio de los testamentos mancomunados se establece una especie de reciprocidad entre los otorgantes, contraria a la naturaleza unilateral del negocio testamentario y que pugna abiertamente con la característica fundamental de acto esencialmente revocable y libre que es propio del testamento. Las instituciones de heredero correlativas entre sí, pactadas entre los autores son nulas según lo dispone el Art. 1283, máxime que por tratarse de una norma de carácter prohibitivo, su violación es causa de nulidad del acto que se ha llevado a cabo, atendiendo a lo dispuesto por el Art. 6. Por tanto, en la especie no se trata de caducidad sino de nulidad del testamento.

La palabra caducidad es técnica en nuestra materia; ella designa ciertas causas, por medio de las cuales una disposición testamentaria, aunque válida y no revocada, no produce efecto alguno, según se puede constatar en el Art. 1431 Fr. 1, que prevé os situaciones: el caso de premuerte del heredero o legatario y cuando muere antes de cumplirse la condición estipulada en el testamento: la Fr. II dispone que el heredero o legatario que se nace incapaz de recibir la herencia o legado, produce la caducidad de la institución de que han sido objeto; la Fr. III establece que si el heredero o legatario instituido en el testamento renuncia a su derecho, caduca la institución.

Dispone el Art. 1269 que si la institución fuere condicional se necesitará que el heredero sea capaz al tiempo en que se cumple la condición.

El Art. 1270 establece que el heredero por testamento que muera antes que el testador o antes de que se cumpla la condición, el incapaz de heredar y el que renuncia a la sucesión no transmiten ningún derecho a sus herederos. Este precepto como puede observarse, es complementario de la disposición que se comenta.

De acuerdo a lo prescrito en el Art. 1271 la herencia en el caso señalado precedentemente, pertenecerá a los herederos legítimos del testador, a no ser que éste haya ordenado otra cosa, según lo dispone el Art. 1517 en su Fr. IV.

Al derecho de transmisión se refiere al Art. 1574 que dice: "si el heredero fallece sin aceptar o repudiar la herencia, el derecho de hacerlo se transmite a sus sucesores".

La caducidad sólo se producirá con respecto a las personas que señala el Art.

1431, pero en lo demás tendrá el testamento plena validez y eficacia (Art. 1313).

Se puede evitar la caducidad si el testador nombra sustitutos para que reemplacen a los herederos o legatarios instituidos en el testamento que puedan ser excluidos. En efecto, dispone el Art. 1406: "puede el testador substituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que muera antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia", y el Art. 1517 estatuye en su Fr. IV que la herencia legítima se abre cuando el heredero muere antes que el testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

Por consiguiente, como ya se dijo, se está en el caso de invalidez del acto, por causa que produce la nulidad absoluta del testamento mancomunado. El testamento que así fuere no puede ser convalidado por confirmación o ratificación, la acción de nulidad es imprescriptible porque se trata de un acto celebrado en contra de una ley prohibitiva, y puede hacerse valer por todo interesado (Art. 2147).

En el acto jurídico de última voluntad se dispone no sólo de derechos patrimoniales sino de otros de naturaleza no patrimonial. También se cifra y se refleja en él, la personalidad de su autor, pues como decía Toullier

es una facultad preciosísima, por la cual a menudo el hombre se eterniza ... una facultad que por otra parte responde a un sentimiento natural del alma, siendo el más dulce consuelo del moribundo.

Así las cosas, es pertinente expresar que el testamento es el más importante entre los actos jurídicos de la esfera del derecho privado, por cuanto que en él se dispone de todo el patrimonio o de una parte de él, así como por la trascendencia de los actos extrapatrimoniales que pueden contener, porque a diferencia de otros actos jurídicos, produce sus efectos, cuando el autor ha fallecido.

El acto de testar, sostiene José Arce y Cervantes, no es sólo un acto del hombre. Es un acto humano en el sentido que en la psicología y en la moral se da a esta expresión, envuelve elementos que no son solamente jurídicos, sino también aquellos otros que influyen en el testador en el ámbito moral, religioso, sentimental, económico, de incertidumbre y de ignorancia.

Ordinariamente el testador se encuentra ante una situación compleja: primeramente porque se halla ante la incógnita del día y circunstancias de su muerte; de la situación que tendrán sus propios bienes en ese momento y de la que tendrán las personas a quienes quisiera beneficiar, y ante la perspectiva de que sus disposiciones van a surtir efecto cuando él mismo no puede ya intervenir para cambiarlas o ajustarlas. Actúa basado en el panorama que puede prever en el momento de testar, aunque con la reserva de modificar o de revocar su voluntad si se alteran los datos previstos o si su juicio sufriera mutación. 'Cada testamento - expresaba el cardenal Villot al Congreso de Juristas Católicos (L'Observatore Romano 20 Dic. 1970)- es un caso concreto dentro del orden jurídico general pero

que muy a menudo en mayor grado que cualquier otro negocio atañe a la conciencia. Cada uno de ellos está rodeado de múltiples circunstancias contingentes particulares que, en cierto modo, lo hacen irrepetible".

Graham Greene en la novela *El Décimo Hombre*, pone el caso de que en un lugar ocupado por los nazis en la última Guerra Mundial, había 30 prisioneros. El primer oficial nazi llega y dice que como ha habido muertes en la ciudad, tendrá que fusilar a uno de cada diez prisioneros o sea tres. Eligieron poner papeles, tres de los cuales estarían marcados con una cruz. Los que tuvieran los papeles marcados con una cruz, serían los que iban a fusilar. Cada uno escoge un papel. Por fin al abogado Chavel, hombre rico, le toca uno de los papeles marcados con cruz, por lo cual sería fusilado. Ofreció todos sus bienes a quien cambiara su papel por uno que no estuviere marcado. "Janvier" aceptó ocupar su lugar. Le dijeron los demás: ¿de qué le servirá todo si va morir? Contestó: "puedo hacer testamento", y agregó, dirigiéndose al abogado Chavel: "Usted es abogado; diga lo que tengo que hacer". Chavel dictó el testamento que quería Janvier, entre ellos consiguieron testigos y redactó el testamento del que iba a morir en su lugar, como aconteció.

El testamento es negocio jurídico desde que se otorga porque desde ese momento tiene en sí todos los elementos constitutivos necesarios para su existencia. La muerte de su autor no lo perfecciona sino que solamente determina el comienzo de la producción de sus efectos. Tampoco lo perfecciona la aceptación de la herencia y así lo reconoce expresamente el Código Civil: El testamento otorgado legalmente dice el Art. 1312 será válido, aunque no contenga institución de herederos y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

Se refiere este artículo a varios aspectos novedosos del derecho sucesorio y reitera el principio establecido en otras disposiciones, en cuanto a que en un testamento, pueden coexistir cláusulas de disposición de bienes y designación de herederos o legatarios y otras no patrimoniales, o cláusulas no patrimoniales solamente y no obstante ello, conservar la calidad jurídica de testamento.

Entre las diversas cláusulas no patrimoniales que pueden incorporarse en un testamento según el código, podemos enumerar las siguientes: reconocimiento de un hijo fuera de patrimonio. Ello lo permiten los Art. 422 Y 424 fr. IV; designación de tutor testamentario. Así lo disponen los Art. 522, 525, 527 Y 533; Y encargos especiales al albacea, que pueden tener el carácter de no patrimoniales, pues el Art. 1666 que se refiere a ellos no hace distinción alguna.

Pueden también incorporarse al testamento otras cláusulas que si bien no son exclusivamente patrimoniales, tienen relación estrecha con la disposición de bienes tales como:

- designación de un tercero para que haga la distribución de las cantidades que el testador haga a determinadas clases, en la forma en que señala el Art. 1232;
- designación de un tercero para que elija los actos de beneficencia y los

establecimientos a los que deban aplicarse determinados bienes, a los cuales se refiere el Art. 1233;

- nombramiento de herederos sustitutos de acuerdo a lo establecido en el Art. 1406;

-designación de albaceas, según lo dispone el Art. 1596 Y partición de los bienes hereditarios hecha por el propio testador en la forma que establece el Art. 1689.

Para comprender la esencia del testamento hay que atender a un doble estadio: en el primero, una vez formado, adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor, puesto, si quisiera impedir sus efectos, tendría que revocarlo. Para los demás, antes de la muerte del autor, este acto jurídico llamado testamento es irrelevante en cuanto a negocio jurídico. Para ellos sólo adquirirá relevancia a la muerte de su autor y, por eso, la solemnidad jurídica, como vehículo idóneo, custodia la declaración testamentaria y la lleva al exterior cuando ocurre la muerte del testador. En esta misma fase por otra parte si el testamento es revocable, quiere decir que es un acto jurídico completo porque revocar un acto que no existe jurídicamente implicaría un absurdo. En el segundo estadio, cuando ha fallecido su autor, el testamento no puede ser revocado y empezará a surtir todos sus efectos.

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

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1433 del Código Civil, el testamento, en cuanto a su forma, es ORDINARIO o ESPECIAL. Es testamento ordinario aquel que se otorga en situaciones normales, su otorgamiento es más riguroso en cuanto a los requisitos de forma; por ello tiene validez indefinida, mientras no es revocado por el testador, y puede ser público abierto, público cerrado y ológrafo. En tanto que el testamento especial, es el que solo puede otorgarse cuando el testador se encuentra en circunstancias excepcionales o extraordinarias no puede o le es muy difícil otorgar un testamento ordinario; en cuanto a lo requisitos de forma, su otorgamiento es menos riguroso y, por consiguiente, pierde su eficacia si el testador sobrevive a las circunstancias extraordinarias que dieron lugar al otorgamiento del acto, y puede ser privado, militar, y el otorgado en país extranjero; aunque en nuestro concepto éste, en realidad no es especial, por una doble razón: no se trata de un testamento otorgado en caso de emergencia o de inminencia de muerte, y no queda sin efecto, como los otros testamentos especiales en un plazo corto que se cuenta a partir del momento en que cesó el estado especial que lo

justificaba.

No obstante que el testamento público abierto es un acto solemne constituido por un conjunto de formalidades que deben cumplirse escrupulosamente, bajo pena de nulidad, es el que se usa generalmente para realizar esta clase de actos, porque el autor cuenta en el momento de otorgarlo con la asesoría del notario que recibe la declaración y porque además por medio de la constancia del propio notario y de las declaraciones de los testigos, queda preconstruida una prueba fehaciente, aunque no indubitable de manera absoluta, en el sentido de que el testamento se otorgó en un acto continuo, lo que se conoce en doctrina como "unidad de contexto" o "unidad de acto" y de que se llenaron todas las formalidades exigidas por la ley.

El testamento público abierto, dispone el Art. 1445 del Código Civil, " ... es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos". Respecto de la idoneidad de los testigos instrumentales, se advierten diversos criterios para su calificación, en ocasiones contrarios o contradictorios.

En efecto, los Art. 81 Y 83 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco disponen que solo pueden intervenir como testigos instrumentales y de conocimiento los mayores de 18 años que sepan escribir y que no sean parientes dentro del cuarto grado consanguíneo o segundo por afinidad del notario y, además, que los testigos de conocimiento deben ser distintos de los instrumentales y, por su parte, el Código Civil, en su Art. 1436 estatuye que no pueden ser testigos del testamento: Los amanuenses del notario que lo autorice; los menores de 16 años; los que no estén en su sano juicio, los ciegos, sordos o mudos; los que no entiendan el idioma que habla el testador; los herederos o legatarios, sus descendientes y ascendientes, cónyuge o hermanos; y los que hayan sido condenados por el delito de falsedad, y el Art. 1447 del propio código dispone que si alguno de los testigos no supiere escribir, firmará otro de ellos por él.

Por tanto, es claro que conforme a la Ley del Notariado solo pueden intervenir como testigos instrumentales y de conocimiento los mayores de 18 años que sepan escribir y que no sean parientes dentro del cuarto grado consanguíneo o segundo de afinidad del notario y que, además, los testigos de conocimiento deben ser distintos de los instrumentales.

Sin embargo, conforme a los preceptos invocados del Código Civil, sí pueden intervenir como testigos instrumentales los menores de edad que hayan cumplido 16 años aun cuando no sepan escribir y, además, no prohíben que los parientes del notario intervengan como testigos del testamento. Conviene destacar que tanto el Código Civil como la Ley del Notariado, pasan por alto determinadas prohibiciones que en nuestro concepto debieran estipularse y que, sin embargo, no las contemplan los ordenamientos de mérito, toda vez que no prohíben que la cónyuge del notario que autorice el testamento intervenga como testigo instrumental, como tampoco prohíben que el hijo adoptivo del notario autorizante comparezca como testigo del testamento.

Por último, siguiendo a don José Arce y Cervantes (De Las Sucesiones. Ed. Porrúa, 1988) ya modo de conclusión, precisaré las principales consecuencias de derecho del negocio jurídico que nos ocupa, en los cinco puntos siguientes:

1.- Antes del fallecimiento del testador, el testamento no crea derechos, y ni siquiera expectativas protegibles jurídicamente, a favor de los que han sido nombrados beneficiados en el mismo.

2.- El testador continúa en el goce de todos sus derechos sobre los bienes de su patrimonio y comprometido a cumplir sus obligaciones como si tal testamento no existiera.

3.- El testamento es un negocio puesto por la ley a disposición de los particulares a fin de que puedan servirse de él para disponer de bienes propios y en casa propia, pero no para ordenar en casa y bienes ajenos, es decir, para imponer un ajuste en sus intereses. En consecuencia, por su sola voluntad, el testador no tiene facultad de vincular y obligar a terceros por medio de sus disposiciones testamentarias. Si quiere obligarlos no tiene más remedio que interesarlos como beneficiarios, en su testamento y en el cumplimiento de los deberes que en el mismo les quiera imponer. Eso sólo lo puede lograr si subordina su nombramiento de herederos o legatarios a la condición de que cumplan esas obligaciones o si les impone una carga anexa al beneficio que les concede.

4.- Las disposiciones del testador sobre quién o quiénes deban pagar sus deudas o en qué proporciones, obligan internamente a los beneficiarios en el testamento pero no a los acreedores del testador, cuyos créditos siguen garantizados con todos los bienes del patrimonio del de cujus, conforme al Art. 2891, independientemente de las personas a quienes corresponda recibirlos por virtud del testamento.

5.- El testamento no es anulable por simulación porque esta figura no puede darse en él, toda vez que la simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo. Efectivamente, a luz del Art. 2100, la simulación implica que haya partes que "declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas", y como en el testamento no hay partes, no puede existir en él esta causa de nulidad. Lo que sí puede haber en el testamento es una declaración falsa del testador hecha a sabiendas de la falsedad, y entonces se está en el caso de una reserva mental, que generalmente será irrelevante jurídicamente, porque lo que tiene valor en el testamento es lo que existe en ese documento solemne donde está expresada la voluntad testamentaria, sea verdadera o falsa.