



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**NATURALEZA Y CONSECUENCIAS JURIDICAS
DE LA SUBSTITUCION FEDEICOMISARIA EN
MATERIA TESTAMENTARIA**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA EL PASANTE
JORGE GONZALEZ SERRANO**

MEXICO, D. .F

1985.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

CAPITULO I

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACION CON LOS HECHOS, ACTOS Y NEGOCIOS JURIDICOS.

I.-	TEORIA TRIPARTITA DE LOS ACONTECIMIENTOS JURIDICOS	1
	1.- Hecho Jurídico	3
	2.- Acto Jurídico	4
	3.- Negocio Jurídico	5
II.-	ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO JURIDICO O ACTO FRANCES	6
	1.- Manifestación de voluntad o consentimiento	7
	2.- Objeto	14
	a).- Directo	17
	b).- Indirecto	18
	3.- Solemnidad	19
III.-	ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO	20
	1.- Licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto	20
	2.- Capacidad de ejercicio	21
	3.- Forma	22
	a).- Clasificación de actos jurídicos en atención a su forma	23
	a').- Consensuales	23
	b').- Formales	23
	c').- Solemnes	23

d').- Reales en oposición a consensuales	24
4.- Ausencia de vicios en la voluntad, los únicos autonomos.	24
a).- Error	25
b).- Miedo o temor	29

CAPITULO II

EL TESTAMENTO COMO NEGOCIO JURIDICO	
I.- EL TESTAMENTO ES UN NEGOCIO JURIDICO	33
II.- EL TESTAMENTO EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.	34
1.- Clasificación de los testamentos en atención a su forma	
a).- Ordinarios.	
a').- Público abierto	35
b').- Público cerrado	38
c').- Ológrafo	41
b).- Especiales	44
a').- Privado	44
b').- Militar	46
c').- Marítimo	47
d').- Hecho en país extranjero	48

CAPITULO III

DE LAS SUBSTITUCIONES EN MATERIA TESTAMENTARIA	
I.- NATURALEZA JURIDICA	51
II.- CLASES DE SUBSTITUCIONES	52

1.- Vulgar	52
2.- Pupilar	54
3.- Ejemplar	54
4.- Fideicomisaria	55

CAPITULO IV

BREVE ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA INSTITUCION MERCANTIL DEL FIDEICOMISO Y LAS SUBSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

I.- LA INSTITUCION FIDEICOMISARIA	59
II.- EL FIDEICOMISO MERCANTIL	74
III.- DIFERENCIAS	76

CAPITULO V

LA SUBSTITUCION FIDEICOMISARIA EN LOS TESTAMENTOS

I.- EFECTOS	79
II.- CONSECUENCIAS	80

P R O L O G O :

Al iniciar el presente trabajo tomé conciencia de que -- con la culminación del mismo, podría pensar que se cerraba un ciclo de mi vida; el de estudiante; para iniciarme de lleno -- como profesional, con plena conciencia de que la vida del -- verdadero estudiante sólo termina cuando falta la persona, -- porque en el mundo en que nos encontramos inmersos nos falta -- ría tiempo para aprender todas las cosas que el ser humano es capaz de comprender; y por lo que respecta al Derecho, mate -- ria que rige las relaciones humanas, resulta fascinante el ir redescubriendo la amplia gama de conocimientos que lo inte -- gra, así como el poder observar las modificaciones que sufren -- al adaptarse a las distintas necesidades sociales, y ver que es una ciencia tan dinámica como el ser humano.

Al escoger el tema y avanzar en su desarrollo, fui rea -- firmando mi creencia de que son de suma importancia para el -- Derecho y el ser humano, tanto la materia testamentaria en la que se reglamenta, entre otros, el otorgamiento de los testa -- mentos, instrumentos eficaces para dar cumplimiento a las dis -- posiciones que dicta una persona para después de su muerte, -- lo que permite dar seguridad jurídica a los herederos y un -- ahorro considerable de tiempo y de dinero, incluso evitarles -- situaciones penosas en el ámbito sentimental; así como el fi -- deicomiso, institución tan amplia y variada que por lo mismo -- requiere gran preparación para poder manejarlo como el instru

mento idóneo para dar forma a determinados negocios jurídicos; doblemente interesante resulta poder conjugar los dos temas.

Finalmente, constituye para el autor una gran satisfacción el dar cumplimiento a lo dispuesto en el Estatuto del Reglamento de Exámenes Profesionales de la Universidad Nacional Autónoma de México, que una vez cumplida impondrá en mí la responsabilidad y el deseo de seguir adelante dignamente como universitario.

CAPITULO I

**ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACION CON LOS
HECHOS, ACTOS Y NEGOCIOS JURIDICOS.**

I.- TEORIA TRIPARTITA DE LOS ACONTECIMIENTOS JURIDICOS.

Tradicionalmente la teoría de los acontecimientos jurídicos está organizada sobre los hechos y actos jurídicos, como se menciona en la doctrina francesa, en la española e incluso en la nuestra y en algunas otras se basan en los hechos y negocios jurídicos, como sucede entre los alemanes y entre los italianos.

Fueron los alemanes quienes por primera vez emplearon el término "negocio", e incluso en su Código substituye a la palabra "acto".

El término negocio jurídico tiene su origen en la doctrina alemana del siglo XIV, y no se introduce directamente en la ciencia jurídica, sino después de haberle dado relevancia al término "acto jurídico se empieza a utilizar la frase "negocio jurídico" para nombrar un tipo especial de acto jurídico.

El término negocio jurídico se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes, para sistematizar la ciencia jurídica. Podemos considerar decisiva la obra de Savigny, que utiliza como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico, y que al estudiar detalladamente la problemática del negocio jurídico su distinción con el acto jurídico resulta evidente. En la primera mitad del siglo XIX el concepto de negocio jurídico se puede considerar aceptado en las doctrinas alemana y austríaca principalmente. Sin embargo, la legislación tarda más en utilizarlo, en el Código Civil de Sajonia de 1863 ya se hace referencia a él y lo define como un concep

to técnico diciendo: "...Un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica." (1).

En el Código Civil Alemán, a su libro primero, se denomina de las personas, cosas y negocios jurídicos, y no ha sido éste seguido por las legislaciones de los distintos países, - salvo contadas excepciones; sin embargo, en la doctrina de casi todos los países del continente europeo se ha tomado este precepto de negocio jurídico.

En nuestro país ha sido acogida en la doctrina el término negocio jurídico y es muy usual encontrarla en la literatura jurídica. Teniendo como base, para la distinción precisa - entre el hecho, acto y negocio jurídico, la intervención de la voluntad, tanto en el momento de la realización del acontecimiento en que el hecho, acto o negocio pueda consistir y en la producción de las consecuencias jurídicas.

En el hecho jurídico la voluntad no interviene en la realización del acontecimiento, ni en la producción de las consecuencias o efectos jurídicos, y a pesar de ésto se producen.

En el acto jurídico la voluntad sólo interviene en la -- realización del acontecimiento mas no en las consecuencias jurídicas que se producen.

En el negocio jurídico la voluntad interviene tanto en la realización del acontecimiento, como en la producción de las consecuencias jurídicas.

1.- HECHO JURIDICO:

(1) ORTIZ-URQUIDI RAUL.- Derecho Civil.- Editorial Porrúa, S. A., México 1982. 2a. Edición. Pág. 237.

1.- HECHO JURIDICO:

Dentro de los acontecimientos humanos y de la naturaleza que se producen a diario, tenemos algunos que no producen consecuencias de derecho, y, por lo tanto, son irrelevantes para el mismo; pero existen otros que sí producen consecuencias en el mundo jurídico, y a éstos se les denomina como hechos y actos jurídicos, y los efectos que producen son la creación, transformación, modificación y extinción de obligaciones o de rechos.

Dentro de los hechos jurídicos, se dan los que el sujeto realiza voluntariamente, pero sin la intención de producir efectos de derechos; esto es, se tiene el ánimo de realizar determinada conducta, pero no se quieren las consecuencias jurídicas que esta conducta producirá; asimismo, podemos distinguir dentro de los hechos jurídicos a los lícitos y a los ilícitos; los hechos jurídicos lícitos, son aquellos en los que la conducta de la persona que los realiza, no se tipifica como delito, sino que es totalmente apegada a derecho y en algunos casos el sujeto queda obligado a concluirlos, como por ejemplo, la gestión de negocios; en tanto que los hechos jurídicos ilícitos, son aquellos que al realizar una persona una conducta sin querer las consecuencias en el ámbito del derecho, y con esta conducta realizada queda encuadrada como delito o cuasi delito (al realizar el sujeto la conducta nace con la misma la sanción), verbigracia, en el domicilio el sujeto quiere privarle de la vida a otra persona, pero no quiere sugerir la pena privativa de la libertad o sea el castigo que originó el delito. En el caso de los cuasi delitos, no se tie

ne el ánimo de cometer el ilícito; sin embargo, se cometen -- (los delitos imprudenciales).

Existen también hechos jurídicos que son ajenos a la voluntad de los sujetos y se producen por acontecimientos de la naturaleza y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas que producen son involuntarias para los sujetos, puesto que dichos acontecimientos no son potestativos de ellos.

2.- ACTO JURIDICO:

Bonnecase nos define al acto jurídico diciendo: "...es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o, al contrario, un efecto de derecho limitado conducente a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derechos..." (2).

El mismo autor nos indica que la esencia del acto jurídico, desde el punto de vista de su formación, consisten en la voluntad, conforme a la cual se deben interpretar dichos actos jurídicos; y el efecto de la voluntad, menciona, que está subordinada a la forma en los actos jurídicos solemnes; debiendo esta voluntad, para que produzca sus efectos, estar libre de cualquier vicio que pudiera alterarla; siendo los elementos constitutivos de los actos jurídicos distintos de la voluntad: el objeto y la causa; agrega que las sanciones de la ausencia o la alteración de los elementos constitutivos de los actos jurídicos, son la inexistencia o la nulidad, pueden

(2) Cit: BORJA COVARRUBIAS MANUEL.- Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Borja Soriano. Ed. Porrúa, S.A. Méx. 1969. Pág. 153.

do ser ésta absoluta o relativa.

Al analizar lo anteriormente expuesto, tenemos: que el acto jurídico es una manifestación de una o varias voluntades que tiene el efecto de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones; los actos jurídicos, teniendo o no denominación, están sujetos a las reglas del derecho; la voluntad de los que participan en la formación del acto es indispensable, salvo indicación en contrario de la ley.

Por lo que respecta a la voluntad, ésta debe ser sana; - es decir, no debe estar viciada, pudiendo ser expresa o tácita.

Para que la persona pueda válidamente ejecutar actos jurídicos, debe ser una persona capaz; en algunos casos el acto jurídico puede hacerse por medio de un representante.

El acto jurídico no puede tener como objeto algo prohibido; y debe tener una causa que lo origine.

3.- NEGOCIO JURIDICO:

El origen del término negocio jurídico nos lo señala el maestro Raúl Ortiz-Urquidi, en la forma siguiente: "...El término negocio jurídico se debe, como lo fundamental de su dogmática, a la doctrina alemana del siglo XIX. El vocablo "negotium" se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo Derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico. Por ello, no se introduce directamente en la ciencia jurídica sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico; entonces se empleará la frase nego-

cio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos..." (3).

También nos señala que la base precisa para distinguir entre los hechos, actos y negocios jurídicos, es, en primer término, la realización del acontecimiento en que el hecho, acto o negocio puede consistir; y segundo, en la producción de las consecuencias jurídicas. En el negocio jurídico, la voluntad interviene en los dos momentos, tanto en la realización del acontecimiento como en la producción de las consecuencias jurídicas.

Por otro lado, indica que la licitud es un elemento básico del negocio jurídico.

Finalmente, sólo abundaremos en el tema diciendo que en el negocio la voluntad del sujeto está presente en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas, sin olvidar como elemento básico la licitud como antes indicamos.

II.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO JURIDICO O ACTO FRANCÉS.

La doctrina francesa ha mostrado gran resistencia a recibir el concepto de negocio jurídico, y se ha mantenido fiel al uso tradicional del término acto jurídico; es importante señalar la dificultad léxica que la imposibilita a traducir de la doctrina alemana el término negocio jurídico, y es por ésto que la Comisión de Reforma del Código Civil Francés, por mayoría, se decide a regular separadamente este acto jurídico

(3) ORTIZ-URQUIDI RAUL.- Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México 1982, 2a. Ed. Págs. 236 y 237.

en sí mismo pero no como lo hace el Código Civil Alemán en el libro primero, sino por separado en el libro cuarto, en donde están incluidos los libros de los bienes, derechos reales y - el libro sobre los contratos y obligaciones; es por ésto que denominamos al negocio jurídico también como acto francés.

En el negocio jurídico hay que distinguir dos tipos de - elementos: I.- Los esenciales, que también son conocidos como de existencia, ya que basta con que falte alguno de éstos para que el negocio sea inexistente; y, II.- Los de validez, -- que no siendo como los anteriores al faltar alguno de ellos - se originaría la nulidad del negocio jurídico.

1.- MANIFESTACION DE VOLUNTAD O CONSENTIMIENTO:

Para que la manifestación de la voluntad produzca los -- efectos jurídicos deseados por las partes y de esta manera -- pueda obligar jurídicamente a quien la manifiesta, es necesario:

- a).- Que la persona que la expresa tenga capacidad; y,
- b).- Que esta voluntad no esté viciada.

También es necesario que esta voluntad sea jurídica; ésto es, que sea susceptible de dar nacimiento a un negocio jurídico; de la misma manera, es necesario analizar la forma de esta voluntad para que pueda manifestarse; y finalmente, sobre todo, en los negocios bilaterales el momento en que se -- exprese por la persona que la emita.

Dentro de la voluntad se maneja el principio de la autonomía de la misma (sobre todo en Derecho Privado), y se dice que las personas se pueden obligar voluntariamente en las - -

formas y términos que lo deseen; sin embargo, sabemos que tiene un límite, y éste es el orden público y el interés de terceros, lo cual está reglamentado en el artículo 60. de nuestro Código Civil, que dice: "...La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley; ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".

De lo que concluimos, que los particulares pueden efectuar lo que la ley no les prohíbe; de aquí nace el principio de la libertad de acción y el principio de legalidad, según los cuales las autoridades sólo podrán hacer lo que la ley les permita; lo que nos lleva al principio de supremacía de la Constitución: cuando una autoridad se sobrelimite en sus actuaciones causándonos un perjuicio, podemos recurrir al juicio de amparo, siendo éste el medio más idóneo de control de la constitucionalidad y de la legalidad.

Cuando al principio de este inciso mencionamos que la voluntad sea susceptible de dar nacimiento a un negocio jurídico (cuando tiene los demás elementos), se requiere:

a).- Que exista una voluntad psicológica; esto es, que la persona que lo expresa sea capaz de discernir;

b).- Que la ley no prohíba a esa voluntad la consecuencia de poder obligarse; y,

c).- Que dicha voluntad sea seria.

Respecto de la forma de expresar la voluntad, el artículo 1803 de nuestro Código Civil nos dice: "...El consentimiento

to puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente".

De lo que resulta, que existen dos formas de manifestar la voluntad, ya sea de forma expresa o tácita.

La forma expresa, como el propio precepto señala, tiene que ser verbal, por escrito o por signos inequívocos (mímica).

La forma tácita, dice el mismo precepto, resultará de hechos o actos que la supongan o que autoricen a presumirla (con algunas excepciones que en la propia ley o por convenio de voluntad deban manifestarse expresamente); y existen aquí formas en que esta manifestación de voluntad claramente no deja lugar a dudas, como en la tácita, en la que las partes manifiestan su voluntad con su comportamiento.

El silencio no es un consentimiento tácito, ya que si bien es cierto que en algunos preceptos jurídicos cuando no haya manifestación de voluntad, se tiene por manifestada en sentido positivo; verbigracia, el caso previsto por el artículo 1669 de nuestro Código Civil, que señala: "...Cuando alguno tuviere interés en que el heredero declare si acepta o repudia la herencia, podrá pedir, pasados nueve días de la apertura de ésta, que el juez fije al heredero un plazo, que no excederá de un mes, para que dentro de él haga su declaración, apercibido de que si no la hace se tendrá la herencia por aceptada".

De lo anterior, podemos concluir que el silencio por sí mismo no produce en los contratos la aceptación, sino que dependiendo de en qué condiciones específicas se presente, y según dichas condiciones se puede interpretar una aceptación tácita. Sin embargo, en el Derecho Procesal es común decir la regla de "el que calla otorga"; pero esto está bien reglamentado.

Para poder saber en que momento la voluntad liga a quien la emite, debemos distinguir los negocios unilaterales de los bilaterales, ya que en los primeros es suficiente con una sola manifestación de voluntad, pues es claro que con esta voluntad el negocio surge; un ejemplo de esto lo tenemos en el artículo 1860 del referido Código Civil, que dice: "...El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento".

Una vez vistas las formas de la manifestación de voluntad, pasaremos a las distintas formas de póllicitación y de la aceptación, y para esto tenemos que distinguir:

a).- Cuando a la persona a la que se hace la póllicitación está presente y si al efectuar la oferta se fija un cierto plazo, como es el caso estipulado en el artículo 1804 de nuestro Código Civil, que establece: "...Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo". O en el caso de que no se fije dicho plazo, como se señala en el artículo 1805 de dicho Código: "...Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo-

para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono".

b).- En el caso de que la persona a quien se le hace la policitud no esté presente, si a esta oferta se le pone un plazo, se atenderá a lo ordenado por el artículo 1804 anteriormente transcrito, y si no hay dicho plazo se tendrá que aplicar lo dispuesto por el artículo 1806 del propio ordenamiento, que reglamenta: "...Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones".

Tenemos también el caso del artículo 1811 del Código Civil, que reglamenta la policitud hecha por telégrafo y que nos dice: "...La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habian estipulado por escrito esta manera de contratar y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos".

Como hemos visto, la ley reglamenta la oferta realizada por teléfono o telégrafo, no así la hecha por radiotelefonía y por radiotelegrafía; esto es por que la ciencia no se había desarrollado tanto cuando se promulgó nuestro Código Civil; sin embargo, si se llegaren a presentar, tendríamos que atee-

ernos a las reglas de la policitud hecha por teléfono (se entiende realizada entre presentes, Art. 1805 antes transcrito del multicitado ordenamiento), y a la del telégrafo ordinario.

Cuando un sujeto le propone a otro la celebración de un contrato, y éste acepta, el consentimiento queda formado y -- surge el contrato; aquí no tenemos problemas para determinar en que momento y lugar surge el contrato, pues el lugar será donde se encuentren los contratantes y el momento será en el que el destinatario manifiesta su aceptación, la cual es conocida inmediatamente por quien hizo la policitud.

Por ende, el problema se presenta cuando se trata de la formación de un contrato entre no presentes; lo que se solucionará según el sistema a que se recurra, y así tenemos:

a).- El de la declaración.

Aquí, el contrato se forma en el momento en el que, en cualquiera forma, se "declara la voluntad de aceptar"; sin embargo este sistema presenta muchos problemas, pues es muy difícil de probar la aceptación, si ésta fue verdad y si el -- aceptante la llegare a negar y no hay testigos. Lo mismo sucede si no envió por escrito la aceptación, ya que puede destruir los documentos y, por lo tanto, todo rastro que la proposición fue aceptada.

b).- El de la expedición o emisión.

En este sistema, el contrato surge en el momento en el que a la persona a quien se le hizo la oferta se le hace saber fehacientemente al policitante; por ejemplo, al contestar

por correo o telégrafo la contestación de la oferta; en ese momento nace el contrato. En este caso no tenemos el problema que se presenta en el sistema anterior.

c).- El de la recepción.

En este supuesto el contrato surge cuando la aceptación (que podría ser carta o telegrama) es recibida por el oferente, a diferencia del anterior, que señala que nace el contrato cuando la contestación es depositada en correo o telégrafo; en este sistema es necesaria la recepción de la contestación por el policitante para que esté cierto de la aceptación.

d).- El de la información.

Aquí, el contrato nace cuando el oferente se entera o informa de la aceptación del destinatario de la policitación.

Nuestro Derecho positivo, en el artículo 1807, señala -- como regla general, el de la aceptación, al indicar: "...El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba -- la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes".

También acepta como excepción el sistema de información-- en el artículo 2340 del ordenamiento multicitado, que señala: "...La donación es perfecta desde que el donatario la acepta-- y hace saber la aceptación al donador".

El artículo 1808 del propio Código Civil, acepta la posibilidad de retracción tanto del oferente como del beneficia--rio o destinatario, al dictar: "...La oferta se considerará -- como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe-- la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica

al caso en que se retire la aceptación".

De la misma manera, la ley prevee el caso del fallecimiento del oferente, en el artículo 1809 del precitado Código Civil, que establece: "...Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato".

Asimismo, la ley prevee la aceptación modificando la propuesta en el artículo 1810 del ordenamiento multicitado, en la forma siguiente: "...El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición, que se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores".

2.- OBJETO:

El objeto es otro de los elementos esenciales del negocio jurídico y, al efecto, el artículo 1794 de nuestro Código Civil nos dice: "...Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento. - II. Objeto que pueda ser materia del contrato".

Pero el objeto en los contratos puede ser directo o indirecto, y ésto más adelante lo analizaremos en los incisos subsiguientes.

El objeto en los contratos nos lo señala el artículo 1824 de nuestro Código Civil, como: "...I.- La cosa que el obligado debe dar; II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer..."; y respecto al hecho positivo o negativo del

objeto del contrato, el artículo 1827 del citado ordenamiento nos indica que debe ser: "...I.- Posible; II.- Lícito".

Asimismo, el objeto para que sea válido en los contratos debe llenar varios requisitos, que la propia ley señala en el artículo 1825 de nuestro Código y enumera que la cosa debe: - "...1°Existir en la naturaleza; 2°Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3°Estar en el comercio".

El primer requisito se refiere a la existencia física, - material, ya que de no ser de esta manera el negocio sería -- prácticamente imposible de realizar; sin embargo, el artículo 1826 del propio ordenamiento, dispone que las cosas futuras - puedan ser objeto de un contrato, como por ejemplo la compra de esperanza a que aluden los artículos 2792 y 2793 de dicho Código.

Por lo que se refiere a que esté el objeto determinado, - no tiene problema, pues al celebrarse el contrato, el objeto queda debidamente especificado; tal sería el caso, por ejemplo, de la venta de la casa ubicada en la calle de Alejandria número 73, en la colonia Clavería de esta ciudad.

Por lo que respecta a que sea determinable en cuanto a su especie, es claro que tiene que ser de esta manera, ya que si sólo se determinara el género podría incluso llegarse a algunos absurdos; como el ejemplo que citan algunos autores, en - el que alguien vendiera un animal y posteriormente entregara - incluso un animal nocivo para la salud o entregara una cantidad irrisoria del determinado producto ofrecido; por este motivo tenemos que determinar la especie y no el género, puesto

que la especie es una limitación del género, y debemos determinar, si es posible, el número, peso o medida del objeto (5 vacas, 100 metros de tela, 50 kilos de arroz); pero no siempre es necesario que se precise en el contrato la cantidad, puesto que, por ejemplo, alguien puede obligarse a proporcionar a otra persona la gasolina que requiera su automóvil por un determinado tiempo, y no será necesario posteriormente un convenio respecto a la cantidad que se entrega, esto dependiendo de las circunstancias y de los usos relativos en determinados contratos.

De paso diremos que es claro que las cosas fungibles están determinadas en cuanto a la especie.

Sobre el tercer requisito que la cosa deba estar en el comercio, tenemos que las cosas pueden estar fuera de éste -- por su naturaleza o por disposición de la ley, como señala el artículo 748 de nuestro multicitado Código Civil y el artículo 749 del mismo, que señalan que las cosas que están fuera del comercio por su naturaleza son las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, tal sería el caso del mar, del aire, etcétera. Y las que la propia ley declara irreductibles a propiedad particular, como las cosas que son del dominio público o de uso común (calles, carreteras, etcétera). Algunos autores mencionan también como fuera del comercio a las funciones públicas y algunas cosas que perteneciendo al patrimonio de un determinado individuo, su transmisión está prohibida o restringida, pudiendo esto ser por un interés general. Finalmente, señalaremos que algunos autores, co-

mo es el caso del doctor en derecho Raúl Ortiz-Urquidí, mencionan al objeto como sinónimo de la cosa o del hecho material del negocio.

a).- DIRECTO:

El objeto directo de los negocios jurídicos no es otra cosa que la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

De la definición de acto jurídico que ya vimos anteriormente, se desprende el objeto, y es por ésto que se dice que es una manifestación de voluntad con el objeto de crear, -- transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

Empero, no todos los actos jurídicos contienen estos cuatro elementos; hay actos de creación de derechos y obligaciones, los hay también únicamente de transmisión de derechos y obligaciones; y otros de modificación de los mismos derechos y obligaciones.

En los contratos tenemos que tiene por objeto crear o -- transmitir derechos y obligaciones. En el convenio, que es el acto jurídico plurilateral, y tiene por objeto modificar o -- extinguir derechos u obligaciones.

Tenemos, como lo hemos visto, actos jurídicos unilaterales en donde es suficiente una manifestación de voluntad para producir consecuencias de derecho; caso típico, el testamento. En el testamento, la declaración hecha por el testador -- produce determinados efectos en el mundo de derecho a la muerte del mismo.

No es necesario tampoco que el autor que manifestó su vo

luntad con objeto de producir consecuencias de derecho, tenga una plena conciencia de cuales son exactamente todas y cada una de estas consecuencias, sino que basta la manifestación de voluntad expresada para que las mismas se produzcan.

El objeto de las obligaciones puede consistir en un hecho positivo (realizar determinada acción) o negativo (una determinada omisión) o también una obligación de dar.

Cuando decimos que el objeto puede consistir en un determinado hecho positivo, nos referimos a una acción que el sujeto se obliga a realizar. Por el contrario, cuando nos referimos a un hecho negativo consiste en un no hacer; y esta obligación debe ser posible y lícita como nos lo indica el artículo 1827 del Código Civil.

b).- INDIRECTO:

El objeto indirecto no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos; se presenta principalmente en los contratos y en los convenios. Si el objeto directo de los convenios es crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, el objeto indirecto nos lo señalan algunos autores, como el maestro Rafael Rojina Villegas, y consiste en la cosa o en el hecho material del contrato. Como anteriormente vimos, el contrato que crea obligaciones y pueden ser de dar, hacer o no hacer, son precisamente estas obligaciones su objeto. Este objeto directo de las obligaciones es el objeto indirecto del contrato; verbigracia, las consecuencias del objeto del contrato recaen sobre una cosa, que sería el objeto indirecto del mismo y el directo la obligación creada; teniendo

por objeto indirecto a las cosas o los hechos de las obligaciones en tanto se refieran a formas de conducta, no refiriéndose a la cosa material, sino a la prestación sobre la cosa.

Nuestro Código Civil, en los artículos 2011, 2027 y 2028, según se trate, se refieren al objeto indirecto de dar, hacer o no hacer, y al objeto como sinónimo de cosa o derecho el artículo 1824 del mismo ordenamiento.

3. - SOLEMNIDAD:

Los actos jurídicos solemnes son aquellos en que deben satisfacer una cierta formalidad especial y por escrito, otorgándose ante algún funcionario determinado y que si no se cumple trae como consecuencia la inexistencia del acto. La diferencia entre un acto solemne y un acto formal, es que en el primero habrá inexistencia si no se observa la formalidad; en cambio, en el acto formal tendremos una nulidad.

Como ejemplo de acto solemne, tenemos al matrimonio, que debe otorgarse ante el Juez del Registro Civil y queda registrado en la forma que determina la ley; de no cumplirse estos requisitos no existirá matrimonio.

Como vemos, la solemnidad requiere para la existencia del acto que se otorgue ante el funcionario que indica la ley y en forma que ésta señale, debiendo cumplirse todos los requisitos legales; por lo que resulta que la solemnidad de los actos jurídicos, es un requisito que debe cumplirse exactamente en la forma y términos que la propia ley establece, no pudiendo de ninguna manera realizarse en alguna otra forma.

III.- ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO.

1.- LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO, FIN O CONDICION DEL ACTO:

El concepto de licitud no está directamente dado en nuestro Código Civil, sino que lo podemos obtener de una forma indirecta al analizar el artículo 1830 del mismo ordenamiento, que menciona que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las costumbres. Por lo que podemos manifestar que es lícito el hecho que no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

El catedrático Raúl Ortiz-Urquidí, nos señala que las normas jurídicas se clasifican desde el punto de vista de sus relaciones con la voluntad de los particulares, en taxativas y en dispositivas; siendo las taxativas las que obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad, y las dispositivas las que se pueden dejar de aplicar por voluntad expresa de las partes en una situación jurídica concreta; ésto es, las primeras son irrenunciables y las segundas si son susceptibles de renunciarse. Es obvio, desde este punto de vista, que las normas jurídicas taxativas son de interés público y las dispositivas de interés privado de los particulares. De aquí tenemos que los actos ejecutados contra las leyes taxativas sean ilícitos y que los ejecutados contra las leyes dispositivas pueden ser perfectamente lícitas.

Autores como Planiol, indican que las disposiciones de orden público son las leyes de derecho público y que de alguna forma son superiores a las voluntades privadas.

Por lo que respecta a las buenas costumbres, es impor--

tante señala, que el concepto de las mismas es muy relativo, ya que varía a través del tiempo y del espacio; puesto que -- muchas conductas que en alguna época fueron consideradas contrarias a las buenas costumbres podrían no considerarse así - en la actualidad o incluso de un país a otro o dentro del mismo país en distintas regiones.

Al ser tan variable este concepto de buenas costumbres, no nos queda otro camino que determinarlo por el de un prudente arbitrio o un sano juicio, y atendiendo a la época o lugar en que se discuta o trate de determinarse si un acto es o no contrario a las buenas costumbres.

2.- CAPACIDAD DE EJERCICIO:

Para analizar la capacidad de ejercicio, mencionaremos - en primer término lo que es la capacidad de goce: es la aptitud que toda persona tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones.

La capacidad de ejercicio es la aptitud que tienen las - personas para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismos.

Esta capacidad de goce es realmente una capacidad jurídica, y el artículo 22 de nuestro Código Civil nos indica: - -- "...La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento, y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos - declarados en el presente Código".

Si la capacidad se adquiere por el nacimiento y se pier-

de por la muerte, no existe persona que carezca de ella, por lo que podemos decir que todas las gentes están dotadas de capacidad de goce y que es presupuesto indispensable para que los sujetos tengan capacidad de ejercicio, por la sencilla razón de que si no se es sujeto de derechos y obligaciones no es posible pensar en el ejercicio de estos derechos ni en el cumplimiento de las obligaciones.

El comienzo de la capacidad de ejercicio es cuando se alcanza la mayoría de edad, como lo establece el artículo 646 del Código Civil, relacionado con el artículo 647 del mismo ordenamiento que indica que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Empero, al analizar el artículo 1306 de dicho Código, -- que nos indica que están incapacitados para testar (en su fracción primera) los menores que no han cumplido 16 años de edad, ya sean hombres o mujeres, concluimos que las personas mayores de esa edad pueden otorgar testamento.

3.- FORMA:

En los negocios jurídicos, por forma entendemos la manera en que éste se realiza, pudiendo ser verbalmente, por escrito, por mímica (signos inequívocos) o por comportamiento o conducta (tácitamente). Todos los negocios tienen una manera especial de celebrarse, por lo que es posible afirmar que no existe negocio que carezca de forma. Tradicionalmente se ha llamado forma a la manera en que debe manifestarse la voluntad en la celebración de los negocios; teniendo en cuenta -- que la gran mayoría de los negocios jurídicos se realizan --

por escrito, a continuación haremos una breve referencia a la clasificación de dichos negocios, atendiendo precisamente a su forma.

a).- CLASIFICACION DE ACTOS JURIDICOS EN ATENCION A SU FORMA.

a').- CONSENSUALES:

A los negocios jurídicos que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes y para cuya validez no se requiere ningún tipo de formalidad se les denomina consensuales.

Esto no quiere decir que no puedan revestir la forma escrita; sin embargo, no es necesario que se realicen por escrito para que tengan validez.

Los negocios consensuales pueden incluso realizarse mediante señas o por hechos que presupongan el consentimiento o que permitan presumirlo.

b').- FORMALES:

En los actos jurídicos formales, es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tengan validez. En este tipo de actos la voluntad expresada a través del lenguaje oral o del mímico no es suficiente; la voluntad expresada en forma escrita puede ser en documento público o en documento privado; en algunos casos, la ley requiere que la voluntad se exteriorice en documento público, mientras que en otros no es necesario y se puede expresar en documento privado.

c').- SOLEMNES:

Los actos solemnes son aquellos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante un funcionario determinado; siendo la solemnidad un elemento --

esencial del negocio y la falta de la misma nos lleva jurídicamente a la inexistencia del mismo.

d').- REALES EN OPOSICION A CONSENSUALES:

Los negocios reales son aquellos negocios jurídicos bilaterales que se perfeccionan no sólo por el mero consentimiento o en su caso por la forma escrita, sino por la entrega de la cosa, de tal manera que no existen para el Derecho, sino hasta el momento en que se efectúa dicha entrega, verbigracia, la prenda.

4.- AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD.

Sabemos que para que el negocio jurídico sea válido se requiere, entre otros requisitos, que la voluntad no esté viciada. Se han mencionado como vicios de la voluntad al error, dolo, mala fe y la violencia, así como al miedo o temor; sin embargo el dolo, la mala fe y la violencia no son verdaderos vicios de la voluntad, sino que son meras formas de inducir al error o mantener en él a una persona o provocarle miedo o temor.

Por lo que respecta al dolo y a la mala fe, que en el fondo vienen siendo lo mismo, sólo que el dolo supone una conducta activa y la mala fe una omisión; nuestro Código Civil, en el artículo 1815, nos indica lo siguiente: "...Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio -- que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocida".

Por lo que respecta a la violencia, es claro que ésta --

lleva al miedo o temor, sea esta violencia de cualesquier tipo.

Algunos autores mencionan a la ignorancia como vicio de la voluntad; sin embargo, la falta de conocimiento del asunto o materia del negocio induce al error de quien la padece.

Por lo anterior, estudiaremos únicamente los vicios de la voluntad que consideramos como autónomos; ésto es, el error y el miedo o temor, porque cuando la voluntad se expresa sin la coacción de la violencia que origina el miedo o temor, es una voluntad libre y que cuando se expresa con pleno conocimiento de la realidad, es decir, sin que medie el error, es una voluntad consciente, y para que la voluntad naca libre de vicios debe de estar expresada libre y conscientemente.

a).- ERROR:

Podemos definir al error diciendo que es un falso concepto de la realidad y éste puede ser:

- I.- De aritmética o de cálculo;
- II.- De hecho; y,
- III.- De derecho.

Algunos autores, como el maestro Rojina Villegas, distinguen también distintas clases de error y nos indica que existen:

- 1.- Error destructivo de la voluntad, que origina la inexistencia del contrato o del negocio jurídico, también conocido como error obstáculo; 2.- Error que simplemente vicia la voluntad y que motiva la nulidad relativa del acto o contrato; y, 3.- Error indiferente para la invalidez del negocio ju

rídico.

El error obstáculo o error destructivo de la voluntad impide la formación del consentimiento, ya que las partes no -- pueden ponerse de acuerdo respecto de la naturaleza del con--trato o a la identidad del objeto y hacen sus respectivas - - manifestaciones de voluntad pensando en que celebran contra--tos distintos o bien que se refieren a cosas distintas y ésto, lógicamente, impide que se forme el consentimiento ya que no--existe manifestación de voluntad para celebrar determinado -- acto jurídico o el objeto que deba ser materia del contrato.

Como hemos visto, hay error destructivo de la voluntad - cuando recaiga sobre la naturaleza del contrato o sobre el objeto del negocio; sobre la identidad del objeto de la presta--ción; sobre una cualidad del objeto de la prestación; sobre - la identidad de la persona, de la contraparte o sobre las cualidades de ella siempre que la una o las otras hayan sido de--terminantes en la voluntad del que cometió el error, pero hay que aclarar que no es esencial el error cuando no impida la - identificación de la cosa o de la persona o incluso sobre el nombre; y es, finalmente, también esencial el error que recae sobre la cantidad cuando ésta sea determinante en la manifes--tación de voluntad del sujeto que sufrió el error, a menos de que se trate de un error de cálculo, el que finalmente puede--rectificarse.

El error que vicia la voluntad motiva la nulidad relati--va, se presenta cuando la voluntad al manifestarse una de las partes sufre un error respecto al motivo determinante de su -

voluntad, de tal naturaleza de que si lo hubiera conocido no hubiera realizado el acto. Por tanto, se considera que el consentimiento se expresó pero que existe un vicio en el mismo - tan grande que impide que el acto o contrato surta sus efectos.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1813, se refiere a este error al señalar: "...El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan si en el acto de la celebración se declara este motivo o si se prueba -- por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en falso supuesto que lo motivo y no por otra causa".

El error indiferente para la validez del acto jurídico no impide que el negocio jurídico nazca, ni recae sobre el motivo determinante de la voluntad y lo tenemos señalado en el artículo 1814 del Código Civil, que dice: "...El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique".

A este error de cálculo también se le denomina aritmético o matemático y sólo da lugar a que se le rectifique y de ninguna manera origina la nulidad o la inexistencia del negocio.

El error de hecho recae sobre los hechos materiales, y el error de derecho recae sobre una regla jurídica.

Como ejemplo del error de hecho el doctor en derecho --- Raúl Ortiz-Urquidí, señala: "...Una persona, creyendo que su único hijo murió en la guerra, así lo declara en su testamento, agregando que por tal razón instituye como su único y uni

versal heredero a su sobrino Juan. Abierta la sucesión, el hijo a quien se creía muerto regresa, entabla el juicio de nulidad del testamento y naturalmente que lo gana, pues el error de hecho sufrido al respecto por el testador no puede ser más evidente: I, recayó sobre el motivo determinante de la voluntad de éste para instituir heredero a su sobrino: el hecho de la muerte de su único hijo y cuyo hecho resulta después erróneo; y II, tal causa se declaró en el testamento y por ello no hay la menor duda de que la institución del sobrino como heredero se debió única y exclusivamente a que el testador estaba convencido de que su único hijo había muerto y de que -- por consecuencia ya no podía ser su heredero.--..." (4).

Como ejemplo del error de derecho, el mismo autor cita: "...Alguien, creyendo que el único hijo que tiene no puede heredar por no ser hijo de matrimonio (típico error de derecho, pues nuestras leyes no incapacitan a éstos al respecto) así lo expresa en el testamento ológrafo que de su puño y letra redacta (arts. 1550 a 1564) y por tal razón, como igualmente lo expresa en su aludido testamento, instituye a su sobrino -- como su único y universal heredero. -- La acción de nulidad -- que en la especie tendría el hijo preterido indudablemente -- que prosperaría, en razón: I, de que el error, causa de la nulidad, recae sobre el motivo determinante de la voluntad -- del testador para instituir heredero a su sobrino y no a su -- hijo: su falsa creencia de que los hijos que, como el suyo, -- son extramatrimoniales, no pueden, por ley, heredar; y II, de que dicha causa es declarada expresamente en el testamento y --

por ello sin lugar a duda de que la institución del sobrino - como heredero se debió única y exclusivamente a que el testador estaba convencido (claro que erróneamente) de que su hijo, por no ser de matrimonio, no podía heredar.-..." (5).

b).- MIEDO O TEMOR:

El miedo es la perturbación del ánimo que puede tener diversos grados, desde el simple temor hasta la angustia insuperable que puede ser provocada por una causa real exterior al sujeto o por una configuración imaginaria de la persona generalmente circunstancial (en el caso de personas normales), o intermitente e incluso permanente en ciertos estados patológicos de la psiquis.

El miedo es tenido en cuenta por el Derecho para atribuirle consecuencias jurídicas o para negárselas.

Constituye un principio jurídico incuestionable, según el cual, es permitido al sujeto todo lo que no está prohibido por la ley.

El miedo, como mecanismo inhibitorio, deformatorio o desviatorio de la libre voluntad del sujeto, acarrea en algunos supuestos jurídicos la nulidad o la anulabilidad del acto jurídico realizado bajo sus efectos.

Para que el miedo tenga relevancia jurídica, normalmente se exige que presente dos condiciones:

- a).- Que el miedo responda a causas reales exteriores; y,
- b).- Que el miedo alcance tal nivel de intensidad que provoque la distorsión de la voluntad.

En el primer supuesto, si el miedo se origina en su esta
(4) y (5) ORTIZ-URQUIDI RAUL.- Derecho Civil Mexicano. Edit.-
Porrúa, S.A. México 1982, 2a. Ed. Págs.322 y 323 respectivamente.

do patológico de la mente que le confiera carácter permanente, deja de tener efectos jurídicos aislados, para convertirse en la incapacidad de la persona.

En el segundo supuesto, un simple temor que apenas sobre pase el nivel consciente del individuo, que genere en él la duda o el mero "temor reverencial", no alcanza para doblegar la libre voluntad del sujeto o para obnubilar su entendimiento, siendo válidos los actos jurídicos realizados en este estado de ánimo.

Nuestra legislación, no siempre se refiere al miedo directamente, de una forma literal, ya que en algunos casos la norma encara el caso de amenazas o violencias. Pero tanto las amenazas como la violencia son dirigidas a provocar el miedo de la persona, miedo que a su vez lo impulsa a consentir el acto indebido. Es sumamente difícil concebir un caso de violencia física que produzca efectos en forma puramente mecánica, sin perturbar el ánimo del violentado, quien sino teme -- a las consecuencias dañosas no emite una voluntad viciada.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1820, establece -- que: "...El temor reverencial, éste es, el sólo temor de desagradar a las personas a quien se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento".

Aunque este artículo se encuentra dentro del libro de -- las obligaciones, se entiende que el precepto tiene alcance -- general tanto para contratos como para otros actos jurídicos.

También en el artículo 156 del propio Código, se prevee -- entre los impedimentos para celebrar el matrimonio "...la --

fuerza o miedo graves"; la ley exige en este caso un miedo ca
lificado.

Otro de los preceptos del Código Civil que se refiere al
miedo, es el artículo 245, que enumera las circunstancias que
deban ocurrir en el matrimonio para que el miedo y la violen-
cia sean causas de nulidad del mismo.

El que usare violencia, dolo o fraude con una persona pa-
ra que haga, deje hacer o revoque su testamento son incapaces
para adquirir, como lo ordena el artículo 1316 de nuestro Có-
digo; de la misma manera, es nulo el testamento que haga el -
testador bajo la influencia de amenazas, según lo preceptúa -
el artículo 1485 del citado Código; y el artículo 1818 precep-
túa que es nulo el contrato celebrado por violencia.

Finalmente, manifestaremos que el artículo 1819 del Códⁱ
go define a la violencia en la forma siguiente: "...Hay vio--
lencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen
peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o
una parte considerable de los bienes del contratante, su cón-
yuge, sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parien-
tes colaterales dentro del segundo grado".

CAPITULO II

EL TESTAMENTO COMO NEGOCIO JURIDICO

I.- EL TESTAMENTO ES UN NEGOCIO JURIDICO:

El testamento es un negocio jurídico unilateral y mortis causa, siendo la médula del negocio jurídico el poder que tiene la persona para dictar determinadas reglas (el testamento) y para dárselas a sí mismo (el contrato), ésto es la autonomía; siendo para ésto necesario que el derecho califique al hecho y lo considere digno de protegerse jurídicamente o castigarlo, y este poder de dicar reglas en la autonomía privada no puede hacerse en detrimento del interés público, ni contra las buenas costumbres.

Dados los supuestos para que produzcan el efecto jurídico sancionado por el Derecho como negocio jurídico, el autor del acto queda ligado al mismo; ésto es, que la declaración de voluntad realizada por la persona con el objeto de que produzca los efectos deseados mediante su conducta, se producen en el ámbito jurídico de la misma, existiendo por lo tanto -- concordancia en lo que pretende el autor al manifestar su declaración de voluntad, con el efecto que tiene en el mundo -- jurídico. Quedando de esta manera el testamento incluido como negocio jurídico, porque el acto jurídico unilateral de testar es ejecutado libremente por el testador, con el fin debidamente previsto y sancionado por la ley, de que su voluntad expresada va a tener los efectos jurídicos que busca y quiere.

El testamento es un negocio jurídico unilateral desde -- que se otorga, porque desde ese momento contiene los elementos constitutivos y necesarios para su existencia, no perfec-

cionándose con la muerte de su autor, sino que con ésto se --
inician solamente sus efectos y tampoco se perfecciona con la
aceptación de la herencia.

Por su propia naturaleza, el testamento es revocable y -
cuando se otorga el testador lo hace con intención de que la-
voluntad expresada se cumpla, siempre y cuando no la revoque-
o la modifique; la muerte del autor actúa en la forma mencio-
nada anteriormente como presupuesto de producción de efectos,
ya que no agrega nada al acto de voluntad expresada; y esta -
voluntad manifestada en el testamento tiene un valor autónomo
reconocible, que no depende ya del pensamiento de su autor.

Para comprender la esencia del testamento, hay que enten-
der dos de sus características: primero, que una vez formula-
do, adquiere el carácter de definitivo para su autor, ya que-
si el mismo quiere impedir sus efectos tendría que revocarlo-
o modificarlo; y, segundo, para los terceros, este acto jurí-
dico denominado testamento es irrelevante como negocio jurídi-
co antes de la muerte del autor y adquirirá relevancia al mo-
mento en que fallezca quien lo formuló.

Por lo tanto, si un testamento es revocable, quiere de--
cir que es un acto jurídico complejo, porque no es posible re-
vocar un acto que no existe jurídicamente.

II.- EL TESTAMENTO EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

El testamento en el Código Civil vigente para el Distri-
to Federal, en su artículo 1295, nos dice lo siguiente: "...
Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el
cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y de-

clara o cumple deberes para después de su muerte".

De la anterior definición desprendemos los siguientes elementos:

- a).- El testamento es un acto unilateral;
- b).- Es personalísimo;
- c).- Es revocable y libre;
- d).- Debe ser ejecutado por persona capaz; y,
- e).- Tiene por objeto la transmisión de bienes y derechos y/o la declaración o cumplimiento de deberes para después de la muerte.

Por lo que respecta al primer elemento, mencionaremos que el acto jurídico es la manifestación de voluntad hecha con la intención de producir consecuencias de derecho cuando la norma jurídica protege dicha manifestación.

Respecto del segundo elemento, es personalísimo porque el testamento no puede ser otorgado por segunda persona (apoderados), sino únicamente por el propio testador, y, además no puede testar en un mismo documento más de una persona.

Es revocable, porque el testador en cualquier momento -- puede modificarlo o simplemente revocarlo, dejando sin efecto alguno la disposición testamentaria que previamente que hubiere realizado; y es libre, porque el testador debe estar liberado de coacción, tanto física o moral, para otorgar dicho -- testamento.

Al mencionar que debe ser ejecutado por persona capaz entendemos que debe de tener plena capacidad de goce y de ejercicio; ésto es, ser sujeto de derechos y de obligaciones, y -

poder ejecutar estos derechos y poder cumplir sus obligaciones, sin olvidar que la propia ley señala que el mayor de 16 años puede otorgar testamento.

Por lo que toca al último elemento, en cuanto a que tiene por objeto la transmisión de bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte, se refiere en principio a trasladar la propiedad o derechos sobre los bienes -- del testador a sus herederos cuando el autor de la herencia fallezca, pudiéndose transmitir también deberes a los herederos para el caso de que esos deberes y bienes sean aceptados por los citados herederos.

Es importante recordar que por los testamentos no sólo se cumplen obligaciones para después de la muerte, sino que en los mismos se puede dar cumplimiento a determinadas obligaciones, como es el hecho de reconocer hijos o el de nombrar tutores.

1.- CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS. EN ATENCION A SU FORMA:

En su artículo 1499, el Código Civil señala que de acuerdo con la forma, los testamentos pueden ser ordinarios o especiales; el testamento ordinario puede ser público abierto, -- público cerrado y ológrafo; el testamento especial puede ser privado, militar, marítimo o hecho en país extranjero.

a).- ORDINARIOS:

a').- PUBLICO ABIERTO:

De acuerdo con el mismo Código Civil, en su artículo -- 1511, el testamento público abierto tiene las siguientes características: se otorga ante notario y tres testigos; el --

testador debe expresar de modo claro y terminante su voluntad; el notario redacta por escrito las cláusulas del instrumento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador; al concluir, el notario debe leerle en voz alta al testador y a los testigos, a efecto de que éstos manifiesten su conformidad con el mismo; debe asentarse el lugar, año, mes, día y hora del otorgamiento; debe haber unidad en el acto, es decir, no debe interrumpirse una vez que se ha iniciado; para el caso de que un testigo no pudiera o no supiera firmar, otro de los testigos podría firmar por él, pero como mínimo para que el instrumento sea válido, debe contenerse las firmas de dos testigos; si fuere el caso de que el testador no pudiera o no supiera firmar, otro testigo, además de los tres a que se ha hecho referencia, firmará a ruego y encargo del testador, - como lo señala el artículo 1834 relacionado con el artículo 1514 ambos de nuestro Código; salvo el caso de extrema urgencia, en el que, de acuerdo con nuestro Código Civil, puede firmar uno de los testigos instrumentales.

De acuerdo con el artículo 1516, si el testador fuere sordo, si sabe leer lo leerá en forma personal, si no sabe leer designará una persona que lo lea en su nombre, en este caso debemos conceptuar entonces que se requieran de cuatro testigos.

Si el testador fuere ciego, la lectura se realizará por dos veces, una por el notario que interviniere y otra por la persona que designe el testador; puede ser uno de los testigo u otra persona ajena a ellos, caso en el cual estaríamos -

en presencia de cuatro testigos.

De acuerdo con el artículo 1518, cuando el testador ignore el idioma castellano, se requerirá de los tres testigos a que nos hemos referido, y, además, de dos intérpretes nombrados por el testador, y el procedimiento es el siguiente: el testador lo debe escribir de su puño y letra y los intérpretes deberán traducirlo; la traducción se transcribe al castellano y el original se agrega al apéndice; si el testador no conociendo el idioma castellano, además no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes lo escribe, a continuación se lee y se aprueba por el testador, se traduce al castellano -- por los dos intérpretes, se transcribe y se agrega al apéndice; si no sabe leer, puede dictárselo a uno de los intérpretes, a continuación se traduce, manifiesta su conformidad el testador, después de transcribe y se agrega al apéndice; el notario debe dar fe de que se han llenado todas las formalidades a que se ha hecho referencia, caso contrario el testamento será nulo y queda sin efecto, en los términos de lo dispuesto por el artículo 1520 del Código Civil, pero además el notario es responsable de daños y perjuicios y como sanción complementaria pierde el oficio.

b').- PUBLICO CERRADO:

Este testamento, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1521 del ordenamiento citado, puede ser escrito por el testador u otra persona en papel común, deben rubricarse todas las hojas en que se haya escrito y firmarse al calce; si fuere el caso de que el testador no puede o no sepa firmar, -

otra persona lo hará a su ruego, quien además deberá comparecer a la presentación del testamento y firmar la cubierta en unión de los testigos y del notario ante quien se presente el testamento; el sobre que contenga dicho testamento debe estar cerrado y sellado, en caso contrario, el testador podrá cerrarlo y sellarlo en el momento de su presentación ante el notario.

La exhibición de este testamento ante notario debe hacerse ante tres testigos, el testador declarará que ahí se contiene su disposición de última voluntad, el notario dará fe en la cubierta del sobre que contenga el testamento, que debe ser firmado por el testador, los testigos, el notario y sellada por éste.

Si algún testigo no sabe firmar, lo puede hacer otra persona, pero siempre como requisito de validez se requerirá de tres firmas; si el testador no puede firmar, lo hará otra persona, no uno de los testigos, sino alguien independiente; caso en el cual estamos en presencia de cuatro testigos.

Nuestro Código Civil señala que en caso de extrema urgencia puede firmar uno de los testigos por el testador o por un testigo, esta circunstancia se debe hacer constar por el notario, bajo pena de suspensión del oficio al mismo por tres años.

Los que no saben o no pueden leer son inhábiles para hacer testamento público cerrado.

Para el caso de que el testador fuera sordomudo, deberá escribir el testamento, se hará asistir de cinco testigos al-

presentarlo ante el notario y deberá escribirse sobre la cubierta del sobre que contenga el testamento, en el momento de dicha presentación ante notario, que ese sobre contiene su testamento, deberá ser escrita y firmada esta razón por el testador ante el notario que dará fe de dicha circunstancia y ante los cinco testigos de referencia.

De no reunirse las formalidades citadas se estaría en presencia de las sanciones que quedaron detalladas con anterioridad; sin embargo, la pena establecida para el notario es la suspensión del oficio por el término de seis meses.

En el caso de los testadores mudos o sordos, éstos pueden hacer testamento con tal de que esté escrito por ellos o por otro, pero con dicha declaración; debe además firmarse la nota en el sobre en el que se deposite el documento, y después y letra del testador deben llenarse las demás formalidades que han quedado descritas.

De acuerdo con el artículo 1535, cerrado y autorizado el testamento, se entrega al testador, el notario pondrá razón en su protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que fue autorizado; la infracción a cualesquiera de las formalidades que han quedado descritas para el testamento público cerrado, no anula el testamento, pero al notario se le aplica la sanción que quedó manifestada de suspensión del oficio por el término de seis meses.

Este testamento público cerrado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 1538 del Código Civil, puede depositarse en el Archivo Judicial, llenando las mismas formalida-

des que han quedado descritas.

No es muy recomendable este tipo de testamento, ya que - si el testador lo extravía o el sobre que lo contiene se destruye o presenta alguna rasgadura, el testamento sería nulo.

c').- OLOGRAFO:

Nuestro Código Civil, en el artículo 1550, nos dice: "... Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del - testador".

Este testamento, además de ser escrito de puño y letra - del testador y firmado por él, deberá expresar día, mes y -- año en que se otorgue; si tuviera palabras tachadas, enmendadas o entrelineadas, el propio testador deberá salvarlas bajo su firma.

Debe depositarse en el Archivo General de Notarías para que surta efectos, y su presentación se hará por duplicado y se imprimirá en cada ejemplar la huella del testador. El original que se deposita en el Archivo General de Notarías, deberá estar en un sobre cerrado y lacrado, y el duplicado también deberá estar en un sobre cerrado y será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos los sellos, señales o marcas que estima necesarios para evitar violaciones. Este depósito lo tendrá que hacer el - testador, quien si no es conocido por el encargado de la oficina, deberá presentar dos testigos que lo identifiquen, debiendo poner en el testamento original de su puño y letra una nota que dirá "dentro de este sobre se contiene mi testamento". Posteriormente, se expresará el lugar y la fecha en que-

se hace el depósito. Esta nota será firmada por el testador y por el encargado de la oficina, si intervinieron testigos, -- éstos también deberán firmar.

El encargado de la oficina pondrá en el duplicado la siguiente leyenda: "Recibí el pliego cerrado que el señor (el nombre del testador) afirma contiene original su testamento -- ológrafo el cual, según afirmación del mismo señor, existe de este sobre un duplicado". A continuación, se pondrá el lugar y la fecha en que se extiende la constancia, que deberá ser firmada por el encargado de la oficina y contendrá al calce -- la firma del testador y de los testigos, si los hubiere.

Cuando estuviere imposibilitado el testador para hacer -- personalmente la entrega del testamento, en la oficina del Archivo General de Notarías, el encargado de la misma deberá -- concurrir al lugar donde el testador se encuentre, para cum-- plir las formalidades del depósito.

Después de realizado el depósito de este testamento, el -- encargado del Archivo General de Notarías tomará razón en el -- libro respectivo, para que el testamento pueda ser identifi-- cado, debiendo conservar el original bajo su directa respon-- sabilidad hasta que haga entrega del mismo al testador o al -- juez competente.

El testador tiene la posibilidad de retirar cuando lo de -- see del Archivo General de Notarías el testamento depositado, puede hacerlo personalmente o por medio de mandatario que -- tenga poder especial, otorgado en escritura pública, para es-- tos efectos, debiéndose hacer constar el retiro en una acta -- que firmará el interesado o el mandatario y el encargado de --

la oficina.

En el caso ya de la sucesión, el juez ante quien se promueva el juicio sucesorio deberá pedir informes al encargado de este Archivo para saber si la persona ha depositado algún testamento ológrafo, y en caso afirmativo se le remita.

Las personas que tengan en su poder el duplicado de un testamento o que tengan noticias de que el autor de la sucesión depositó testamento ológrafo, deberá comunicarlo al juez competente.

Estando en poder del juez el testamento, éste deberá examinar la cubierta para cerciorarse de que no ha sido violada, pedirá a los testigos de identificación que residan en el lugar que reconozcan sus firmas, así como la del testador y procederá a abrir el sobre que contiene el testamento en presencia del Ministerio Público, de los interesados y de los testigos; acto seguido, si éste reuniere los requisitos anteriormente mencionados y se comprueba que es el mismo depositado por el testador, se declarará formal el testamento.

Cuando el original del testamento se haya destruido o hubiere desaparecido, se tendrá como formal el duplicado, procediéndose a su apertura como anteriormente lo indicamos.

Este testamento quedará sin efecto cuando el original o en su caso el duplicado estuvieren rotos, hubiesen sido violados o aparecieren borradas las firmas que contiene o incluso estuviesen raspadas o con enmendaduras.

El testamento ológrafo es secreto y sólo podrá ser retirado por el propio testador, su mandatario, el juez o el nota

rio que tengan conocimiento del juicio sucesorio.

Es importante señalar que este tipo de testamento sólo puede ser elaborado por persona que sea mayor de edad, sea perfectamente capaz y sepa leer y escribir.

b).- ESPECIALES:

Los testamentos especiales, también llamados privilegiados, son aquellos que se establecen para situaciones de excepción.

Estos testamentos están destinados a facilitar la manifestación de última voluntad en aquellas circunstancias que hacen imposible que se otorgue el testamento de acuerdo con las formas ordinarias.

Desde luego, dichos testamentos especiales tienen idéntico valor y eficacia que los ordinarios, pero ésto no significa que puedan otorgarse cuando no concurren circunstancias particulares previstas por el legislador para autorizarlos.

Así vemos que un soldado en acción de guerra, por ejemplo, puede otorgar bajo ciertas circunstancias su testamento.

A continuación haremos una breve reseña de este tipo de testamentos y de las circunstancias que deban concurrir para que sean válidos jurídicamente.

a').- PRIVADO:

El testamento privado sólo se permite en los siguientes casos, que enumera el artículo 1565 de nuestro Código Civil:

I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concorra ante notario a hacer el testamento.

II.- Cuando no haya notario en la población o juez que ac
túe por receptoría.

III.- Cuando, aunque haya notario o juez en la población, -
sea imposible o por lo menos muy difícil que concurra al otorgamiento del testamento.

IV.- Cuando los militares o asimilados del ejército entren en batalla o se encuentren prisioneros de guerra.

Sólo se puede formular este testamento por las personas que no puedan hacer testamento ológrafo.

Para que sea posible el testamento privado, es necesaria la presencia de cinco testigos; pero para el caso de extrema-urgencia, bastará con la asistencia de tres testigos idóneos.

No es necesario que el testamento se redacte por escrito cuando los testigos no sepan escribir y en los casos de suma-urgencia, y para que surta sus efectos deberá el testador fallecer de la enfermedad o en el peligro en que se encontraba dentro del término de un mes en que la enfermedad o el peligro hayan pasado; los interesados deberán solicitar inmediatamente después que supieren de la muerte del testador y la forma de su disposición, declaración del juez competente en el sentido de que el dicho de los testigos son el formal testamento de la persona de que se trate, previos los requisitos que marca la ley y que más adelante analizaremos.

El artículo 1574 del Código Civil indica que los testigos que concurran a un testamento deberán declarar: "...I.- El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento; - II.- Si reconocieron, vieron y oyeron claramente

te al testador; - III.- El tenor de la disposición; - IV.- Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier -- coacción; - V.- El motivo por el que se otorgó el testamento-privado; - VI.- Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba".

Para que el juez proceda a declara formal el testamento- de la persona de que se trate, los testigos deberán ser idó-- neos y debieron estar conformes con las circunstancias señala^{da}s anteriormente; cuando falleciera alguno de los testigos - se hará la declaración de los que sobrevivan, siempre y cuan- do sean un mínimo de tres, procediéndose en la misma forma si estuviera ausente alguno o algunos de los testigos, siempre y cuando no fuese dolosa la no comparecia de éstos.

De lo que se ha expresado se desprende la peligrosidad - del testamento, por la falta de seguridad jurídica que conllevan todas las circunstancias en que debe otorgarse.

b').- MILITAR:

Para el caso de que la persona estuviera incorporada a - las fuerzas militares, el Código Civil prevee que puede hacer su disposición testamentaria en el momento de entrar en ac- - ción de guerra, o estando herido en el campo de batalla, y -- bastará que ante dos testigos declare su voluntad o que entre^{ga} a estos testigos el pleigo cerrado firmado de su puño y - letra, que contenga su última disposición; los mismos requisⁱtos se observarán en el caso de los prisioneros de guerra.

Los testamentos otorgados por escrito deben ser entrega- dos después de que muera el testador por el testigo que lo --

tuviere al jefe de la corporación, quien tiene la obligación de remitirlo a la Secretaría de la Defensa Nacional, quien a su vez lo transmitirá a la autoridad judicial competente. Si el testamento se otorgó por medio de palabra, los testigos siguiendo el mismo procedimiento instruirán al jefe de la corporación para que éste dé parte a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a su vez a la autoridad judicial competente.

c').- MARITIMO:

Las personas que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sean éstos de guerra o mercante, podrán otorgar esta clase de testamento, que será escrito y ante la presencia de dos testigos y del capitán del navío, debiendo ser leído, datado y firmado en una forma similar al testamento público abierto y siempre deberán firmar el capitán y los testigos.

Para el caso de que el capitán quisiese hacer su testamento, desempeñará sus funciones el que deba sucederle en el mando.

Este testamento se tendrá que hacer por duplicado y se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación y de él se hará mención en su diario.

Si el buque arribase a un puerto en que haya agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicano, el capitán depositará en poder del agente diplomático uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado, con una copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación (bitácora).

Cuando la embarcación arribe a territorio mexicano, se -

entregará el otro ejemplar o ambos en el caso de que no se hubiese dejado alguno en otra parte, a la autoridad marítima del lugar debiendo exigir recibo de la entrega y deberá citarlo - por nota en el diario de la embarcación.

Luego que reciban los ejemplares referidos los agentes - diplomáticos, consulares o las autoridades marítimas, levantarán una acta de entrega y la remitirán a la Secretaría de - Relaciones Exteriores, quien hará publicar en los periódicos - la noticia de la muerte del testador, con objeto de que los - interesados promuevan la sucesión.

Este testamento solamente produce efectos legales si fallece el testador en el mar o en el término de un mes, contado desde su desembarco en algún lugar, donde conforme a la - ley mexicana o extranjera haya podido ratificar u otorgar su última voluntad.

En caso de que el testador llegare a desembarcar en algún lugar en donde no existiesen agentes diplomáticos o cónsules - mexicanos y si no se llegare a saber si el testador falleció - ni la fecha de su fallecimiento, deberá procederse conforme a los lineamientos especificados por el Título XI del Libro Pri - mero del Código Civil.

d').- HECHO EN PAIS EXTRANJERO:

Los mexicanos que se encuentren en país extranjero y deseen formular su testamento, podrán testar siempre y cuando - lo formulen de acuerdo con las leyes del país en que se otorgue, puede hacerlo ante los órganos del territorio de que se trate o ante los funcionarios del servicio exterior mexicano,

ya que los cónsules, los vicecónsules y los secretarios por legación pueden hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de los mexicanos que se encuentren en el extranjero, en aquellos casos en que las disposiciones testamentarias surtirán su ejecución en el Distrito Federal.

Dichos funcionarios remitirán copia autorizada de los testamentos que se hubieren otorgado ante ellos a la Secretaría de Relaciones Exteriores, y en el caso de los testamentos ológrafos el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá en un término de diez días, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, al encargado del Archivo General de Notarías.

Para el caso de que el testamento fuere confiado a la guarda del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, éste hará mención de dicha circunstancia y deberá entregar recibo de la entrega.

Finalmente, indicaremos que el papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares, deberán llevar el sello de la legación o consulado respectivo.

CAPITULO III

DE LAS SUBSTITUCIONES EN MATERIA TESTAMENTARIA.

CAPITULO III

DE LAS SUBSTITUCIONES EN MATERIA TESTAMENTARIA.

I.- NATURALEZA JURIDICA:

Para entender el término de las substituciones en materia testamentaria, es conveniente iniciar recordando de donde viene el término "substitución"; el maestro José Arce y Cervantes nos dice al respecto: "...El término substitución viene del latín "sub" e "instituto", institución que está debajo de otra y subordinada a ella.

Jurídicamente es la designación de una persona (o de varias), para que reciba la herencia (o legado) a falta o después del primer llamado.

Hay aquí varias liberalidades: una inmediata (la del instituído) y otras subordinadas (la de los substitutos)" (6).

Autores como el profesor español Calixto Valverde, definen la substitución como el nombramiento por acto de última voluntad de un heredero en subrogación del nombramiento en primer lugar.

Por otro lado, tenemos que el licenciado Luis Muñoz al respecto nos indica: "...Cuando un tercero es llamado a recibir un activo hereditario, ya sea herencia total, fracción o legado, en defecto de una persona, nos encontramos con la substitución llamada en la doctrina subsidiaria o directa; pero cuando esa tercera persona es llamada al activo hereditario después de una primera, la substitución se llama sucesiva, indirecta, oblicua o gradual." (7).

De lo que desprendemos que se llama "substitución" al --

(6) ARCE Y CERVANTES JOSE.- De las Sucesiones.- Editorial Porrúa, S.A., México 1983. 1a. Ed., Pág. 78.

(7) MUÑOZ LUIS.- Derecho Civil Mexicano. Ediciones Modelo. Tomo II, México 1971, 1a. Ed., Pág. 475.

nombramiento por acto de última voluntad de un heredero en -- subrogación del nombrado en primer lugar. En nuestro Derecho, la substitución está perfectamente reglamentada en la ley, en el artículo 1472 del Código Civil, que dice: "...Puede el testador substituir una o más personas al heredero o herederos -- instituídos, para el caso de que mueran antes que él o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia".

Del artículo anteriormente transcrito se desprende que -- las substituciones serán:

a).- En caso de que los herederos instituídos mueran antes que el testador; y,

b).- Que éstos no puedan o no quieran aceptar la heren-- cia.

Sin embargo, no todas las substituciones son permitidas-- en nuestro Derecho, como es el caso de las substituciones fi-- deicomisarias, según lo manifiesta el artículo 1473 del pro-- pio Código, que dice: "...Quedan prohibidas las substitucio-- nes fideicomisarias y cualquiera otra diversa de la contenida en el artículo anterior, sea cual fuere la forma de que se la revista".

Como vemos, las substituciones son instituciones que han sido reglamentadas por nuestra legislación.

II.- CLASES DE SUBSTITUCIONES:

1.- VULGAR:

La substitución vulgar es una institución que proviene -- del medioevo; en el Derecho Romano ya era reconocida y era -- llamada directa por los canonistas y civilistas de la Edad --

Media. La substitución vulgar (llamada así por ser la más - - usual) se refiere a la institución de un segundo heredero, -- para el caso de que el primariamente nombrado no pudiere o no quisiere recibir la herencia y es la única que permite nuestro Derecho, como lo hemos visto en el artículo 1472 anteriormente transcrito y que se dá con base en la libertad que tiene el testador para señalar a sus herederos, y que puede substituir a una o más personas para el caso, como hemos señalado, de que los herederos mueran antes que él, no puedan aceptar la herencia o no la quieran, que en resumidas cuentas se reduce a un no poder o un no querer; de tal suerte, que en -- los testamentos pueden nombrarse un heredero instituído y un heredero substituto; pudiendo el testador, en este supuesto, determinar que sus bienes se distribuyan en legados, se afecten en fideicomiso o en alguno otra variedad; también puede establecerse la substitución recíproca, que es aplicable cuando sean como mínimo dos los herederos, y está prevista en el artículo 1477 del mismo ordenamiento, que señala: "...Si los herederos instituídos en partes desiguales fueren substituídos recíprocamente, en la substitución tendrán las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador".

Por otro lado, los herederos substitutos recibirán la herencia en las mismas condiciones que la recibiría el heredero original, salvo disposición en contrario, como nos lo marca nuestro artículo 1476, al prever: "...Los substitutos recibirán la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con -

que debían recibirlos los herederos, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa, o que los gravámenes o condiciones fueren meramente personales del heredero".

2.- PUPILAR:

La substitución pupilar nace también en Roma y se refería a la designación hecha por el padre en caso de que el hijo impúber muriese antes de los dieciséis años. En Roma, era como un testamento del hijo hecho por el padre, preveía que el hijo fuese a morir intestado o que se atentara contra su vida.

Algunas legislaciones modernas que la conservan tiene como fundamento la patria potestad. Esta clase de substitución-establa contemplada en el Código de 1884, en su artículo 3443, que nos indicaba: "...A los varones menores de 14 años y a las mujeres menores de 12 pueden nombrar substituto el padre o ascendiente bajo cuya potestad se halle, para el caso de que murieran antes de la edad referida; ésto es lo que se llama substitución pupilar".

Como poder ver, al analizar lo anteriormente expuesto, este tipo de substitución se contrapone al principio de que el testamento es un acto personalísimo.

3.- EJEMPLAR:

Esta substitución llamada ejemplar o también denominada casi pupilar, tuvo sus orígenes en Roma y era el nombramiento hecho por un ascendiente de un segundo heredero para el caso de que el descendiente loco, instituido heredero, muera dentro del estado de locura; lo que viene a ser el testamento

de incapaz hecho por su representante legítimo.

Esta substitución también fue recogida por el Código de 1884, que nos indicaba que el ascendiente puede nombrar substituto al descendiente mayor de edad que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental y en esto radica la diferencia con la substitución pupilar, en que el testador formulaba propiamente el testamento del descendiente, siendo éste mayor de edad, pero que había sido declarado incapaz por enajenación mental.

4.- FIDEICOMISARIA:

Esta substitución, que también tiene su origen en Roma, era la institución de heredero con el encargo de conservar la herencia y entregarla a su muerte a otro heredero, de lo que resulta que el primer heredero era realmente un fiduciario y un verdadero heredero, pero no podía disponer de la herencia sino que debía conservarla con objeto de que cuando muriese pasase a otra persona, que sería el fideicomisario; era una institución confiada a la moralidad y buena fe del heredero instituido.

Por lo que respecta a esta substitución fideicomisaria, el catedrático Antonio de Ibarrola nos indica lo siguiente: - "...En todo tiempo, desde Roma, los testadores y donantes han sido ambiciosos y han querido reglamentar el porvenir según sus gustos y sus intereses. Napoleón quiso apoyarse en los mayorazgos para perpetuar su nobleza de imperio, creando substituciones perpetuas en favor de los títulos de nobleza. Los odios políticos los suprimieron en 1792 y 1849; pero quedan -

razones que legitiman su prohibición. Los gravados de substitución buscan siempre la manera de gravar o enajenar los bienes y sólo podían hacerlo en condiciones desastrosas para -- ellos y para los terceros." (8).

De la transcripción hecha anteriormente, podemos observar la semejanza que de alguna forma existía entre esta institución y los mayorazgos que brevemente estudiaremos en el capítulo siguiente.

Por lo que respecta a nuestra legislación positiva, mencionaremos que nuestro Código Civil, en su artículo 1473, las prohíbe expresamente al indicar: "...Quedan prohibidas las -- substituciones fideicomisarias y cualquiera otra diversa de -- la contenida en el artículo anterior sea cual fuere la forma de que se le revista".

Por otro lado, la nulidad de la substitución fideicomisaria no afecta la de la institución, ni la de legado, teniendo se únicamente por no escrita la cláusula fideicomisaria, como lo señala el artículo 1478 de nuestro Código Civil; de la misma manera, en el artículo 1479 de dicho ordenamiento, se indica que no se reputa fideicomisaria la disposición en que el -- testador deja la propiedad de todos o parte de sus bienes a -- una persona y el usufructo a otra, a no ser que el propietario o el usufructuario queden obligados a transferir a su -- muerte la propiedad o el usufructo a un tercero, como ya anteriormente mencionamos.

También se consideran fideicomisarias y, en consecuencia, prohibidas, toda disposición que contenga prohibiciones de -- (8) IBARROLA ANTONIO DE.- Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa S.A. México 1957, 1a. Ed., Pág. 422.

enajenar o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero, o incluso el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión.

Sin embargo, tenemos que la obligación que se impone al heredero de invertir ciertas cantidades en algunas obras de beneficencia, como podrá ser el caso de pensiones para estudiantes, pobres o cualquiera otro tipo, no está comprendida en lo anteriormente mencionado, como lo señala el artículo -- 1483.

Pero si la carga se impusiere sobre la totalidad de bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero podrá disponer de la finca gravada sin que cese el gravamen en cuanto a que la inscripción del mismo no se cancele, pero si la carga fuese perpetua el heredero podrá capitalizarla e incluso imponer el capital a interés con primer y suficiente hipoteca. Lo anterior lo señala el artículo 1483 de nuestro Código Civil.

CAPITULO IV

BREVE ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA INSTITUCION
MERCANTIL DEL FIDEICOMISO Y LAS SUBSTITUCIONES
FIDEICOMISARIAS.

1.- LA INSTITUCION FIDEICOMISARIA:

Por lo que respecta a los antecedentes históricos del fideicomiso, la mayoría de los autores estudian figuras afines al mismo, con el objeto de considerar a la institución desde la perspectiva de un punto de vista muy genérico; así es como siempre que existe afectación de bienes por partes de una persona que los entrega a otra para que ésta realice una finalidad lícita, se remiten al Derecho Romano, al Mayorazgo, a las Capellanías, a las Instituciones Fideicomisarias, al Treuhand del derecho germánico y a los Uses y Trusts del derecho inglés. A continuación veremos someramente estas teorías.

En el Derecho Romano normalmente se utilizaba el fideicomiso, con el fin de permitir que ciertas personas que no tenían capacidad para heredar, pudieran ser favorecidas por la voluntad del dueño de la cosa, para disfrutar post mortum de la misma.

De esta forma el doctor Margadant nos señala que en el fideicomiso romano, el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario era el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero.

En este tiempo el fideicomiso se realizaba en forma verbal, con absoluta libertad y la base del mismo era la buena fe del fiduciario, la ausencia de la misma no tenía funciones jurídicas. Se ha dicho que ésto era para favorecer a personas que no tenían la testamenti factio passiva o para burlar a la Ley Falcidia.

Nos continúa señalando el doctor Margadant que con poste

rrioridad a las Guerras Púnicas, con mucha frecuencia los fiduciarios deshonestos no cumplían en Roma con el encargo que -- tenían, puesto que tenía para ellos más validez el dinero que su reputación, esta situación provocaba un escándalo, por lo que Augusto encargó a los Cónsules que vigilaran el cumplimiento de los mismos y desde la época de Claudio dos pretores especiales se ocuparon de las gestiones fideicomisarias.

Como toda institución jurídica, a través de los tiempos, fue sufriendo modificaciones y una serie de restricciones muy parecidas a las que en aquel tiempo existieron en relación -- con las herencias y los legados, así pues en la época de -- Adriano algunas gentes eran incapaces de recibir herencias o legados y fueron también declarados incapaces de recibir fideicomisos, perdiendo en esta forma el fideicomiso la elasticidad que lo distinguía de la herencia o del legado en una -- forma total.

Las ventajas que conservó el fideicomiso eran que se permitía designar por anticipado al fideicomisario del fideicomisario, lo que permitiría prever el camino que un bien tomaría a las futuras generaciones; la institución fideicomisaria no era posible en aquel tiempo en materia de herencias o legados, aunque se acercaba a esta posibilidad la sustitución pupilar en relación con herencias, lo que permitía al testador designar al heredero de su hijo impúber, demente o imbécil, siempre que éste muriera después del testador pero antes de llegar a la pubertad o de que recuperara su sano juicio.

Se permitía en materia de herencias o legados la sustitu

ción en un sentido similar al que marca nuestro artículo 1472 del Código Civil. Pero si uno quería que su heredero o legatario dejara a su vez el objeto de la herencia a algún próximo heredero o legatario, el Derecho Romano no ofrecía solución alguna, salvo en algunos casos excepcionales, por lo cual para satisfacer estos deseos era necesario pues recurrir al fideicomiso.

De lo anteriormente expuesto, apreciamos que en el Derecho Romano, el fideicomiso operaba con limitaciones y no era un instrumento flexible para el tráfico jurídico, se utilizó también en alguna forma en sus orígenes para burlar la ley, y para evitar problemas de transmisión hereditaria, lo que poco se parece a los fideicomisos modernos.

Otros autores citan al Mayorazgo como un antecedente del fideicomiso, ya que éste consistía en entregar bienes de una persona a otra para realizar un fin lícito. El Mayorazgo se inicia en España como una costumbre en que un noble establecía o constituía el Mayorazgo sobre un conjunto de bienes, de los cuales únicamente podría ser titular el primogénito sin que pudiera disponer de los mismos, teniendo la obligación de conservarlos íntegros y dejarlos a su primogénito y así sucesivamente para conservarlos perpetuamente en favor de la familia, con la condición de no enajenarlos. El Mayorazgo fue paulatinamente desapareciendo de las legislaciones de casi todos los países.

Se ha llegado a citar a las Capellanías como antecedente histórico del fideicomiso, que consistía en una especie de --

censo que se desarrollaba en la Edad Media en el derecho español y era una carga real impuesto sobre un inmueble y que consistía en establecer precisamente un gravamen sobre el mismo al que se le denominaba Fondo Capellánico, para el efecto de que con sus productos se celebraran anualmente determinados números de servicios religiosos, principalmente misas en el rito católico.

También podía establecerse sobre cierta cantidad de dinero, cuyos intereses se destinaban a la celebración de los servicios religiosos citados anteriormente. El Derecho Canónico preveía las Capellanías en uno de sus Cánones.

Sabemos que esta institución, que no existe en México, ha declinado en una forma muy notable en otros países.

Por lo que respecta al Salam o Treuhand, se maneja la idea de que el Salam era una persona a la que se transfería la tierra, con el fin de que ésta a su vez pudiera traspasarla de acuerdo con las instrucciones del donante y no hay realmente mayores estudios respecto a esta institución que viene del derecho germánico, ya que no tuvo una gran evolución ni una gran utilización como posteriormente lo tuvieron el Uses y el Trusts en Inglaterra.

El Uses y el Trusts, como todas las instituciones jurídicas, no surgieron a la vida perfectamente definidos, debieron de pasar muchas gestiones y mucho tiempo para que existieran instituciones legales antes de que estas instituciones tomaran su lugar como figuras centrales del sistema. Primero los Uses y posteriormente el Trusts fueron instituciones masivas del derecho de equidad o íntimamente relacionadas con los tri

bunales de equidad en Inglaterra.

Aunque es obscuro el origen primitivo del Uses, se afirma que en cierta forma fue un instrumento ideado por el pueblo en el principio para defenderse de las injustas y pesadas cargas que el sistema feudal y que los propios señores feudales imponían a sus vasallos, y en segundo lugar para burlar el régimen operante en esa época. En estos orígenes, el Uses se utilizaba por un propietario de tierras que transfería parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación para el uso de otras (el que recibía la propiedad se llamaba -- Feoffeto Uses, y el beneficiario se le llamaba Cestui que -- Use).

Los Uses se creaban por convenio verbal, el que recibía la propiedad aceptaba conservar los bienes en custodia y el beneficiario tomaba las utilidades y se obligaba además a transferir la propiedad o el título de ella tal como se le instruyera, lográndose de esta manera evitar las cargas que imponía el régimen feudal, consistentes en donar parte de sus tierras al señor feudal o en entregarle parte de los frutos de las mismas u obtener hombres armados para la guerra, etcétera; ya que los vasallos o siervos y ciertas clases de individuos no podrían soportar estas cargas liberándose de esta forma de las mismas.

Fueron también utilizados por ordenes religiosas y se recurrió a él para eludir obligaciones legales; algunas gentes utilizaron también esta figura para eludir el pago de las deudas que tenían contraídas. En esta época, las organizaciones-

religiosas tenían prohibido poseer tierras, sin embargo, existían personas que deseando donar sus tierras a la iglesia lo hacían mediante el Uses, pudiendo obtener mediante esta forma la orden religiosa, los beneficios de la tierra aún que no -- así la propiedad.

Tenemos referencias acerca de Uses de bienes muebles que datan de la época de la Conquista Normanda y se maneja la idea que no había una clara distinción entre la agencia y el depósito por una parte y el Uses o el Trusts por la otra, ya que la propiedad y el título de propiedad eran concepciones muy - difíciles de concebir en los primeros tiempos de la historia del Derecho, importando por lo que respecta a bienes muebles en mayor grado la posesión.

Ya en épocas modernas se generalizó el concepto de Trusts sobre bienes muebles y sobre bienes muebles y sobre dinero, y se empezó a afectar este tipo de bienes, convirtiéndose en época reciente como práctica común para dar bienes muebles, acciones o valores y dinero en Trusts, por lo que en gran cantidad de casos la fortuna de personas que no consistía en terrenos o en inmuebles, pudiera ser dada en Trusts y entregada -- a otros para que realizaran inversiones productivas, convirtiéndose esta institución en el mero depósito de los bienes, desarrollándose poco a poco el derecho de los Trusts y convirtiéndose principalmente el derecho del Trusts sobre bienes -- muebles, valores o dinero que sobre la tierra.

En los Estados Unidos de América se fue adoptando la - - práctica del Trusts, y se sabe que ya era admitido en la épo-

ca de la Colonia, aunque no utilizado tan frecuentemente como en Inglaterra. Las grandes contribuciones hechas por los Estados Unidos de América a favor del desarrollo del Trusts, es el empleo del Trustees Corporativo.

Se tiene noticia en los Estados Unidos de América sobre una autorización otorgada a una corporación para actuar como Trustees y es la otorgada a The Farmers' fire Insurance & Loan Company en la ciudad de Nueva York, en 1822, y a partir de -- ese año se crearon corporaciones con poder de administrar -- Trusts y su utilización comenzó a generalizarse, resultando -- ésto que en Norteamérica el Trustees tiende a ser más profesional recibiendo a diferencia de Inglaterra una compensación por su trabajo.

Existen opiniones de que el Trusts norteamericano tuvo -- algunos efectos en México, por el hecho de que en el mismo intervinieron personas morales mexicanas; no pudiéndose obtener se información fehaciente al respecto y por lo tanto no se -- le puede considerar como un verdades antecedente doctrinario o legislativo, por no haber tenido mayor trascendencia; señalaremos únicamente que el llamado Trusts Deed fue otorgado y surtió efectos en nuestro país al amparo del Código Civil de 1884 y de la Ley para Ferrocarriles de 29 de abril de 1899.

En el presente siglo surge la necesidad de nuestros tratadistas y legisladores de regular adecuadamente esta figura, por lo que en 1905 el entonces Secretario de Hacienda, señor José Y. Limantour envió al Congreso de la Unión una iniciativa que facultaba al Ejecutivo para expedir la ley por cuya --

virtud podían constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes - fideicomisarios, constando dicha iniciativa de ocho artículos; la institución quedaba configurada como el encargo hecho al - fideicomisario, en virtud de un contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de determinados bienes, en beneficio de alguna o de todas las partes que intervenían en el contrato o de un tercero; para hacer efectivos los derechos e incluso cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o - que fueran consecuencia legal del mismo.

Por lo que respecta a los bienes sobre los que se constituía el fideicomiso importaba un derecho real y este anteproyecto supeditaba la creación de estas instituciones comerciales a la autorización y vigilancia de la Secretaría de Hacienda, previendo excenciones y privilegios en materia de impuestos en favor de las mismas. Debemos hacer notar que el término con que se denominó a estas instituciones en el proyecto - fue de fideicomisaria y era errónea, pues lo correcto hubiera sido fiduciarias.

Este proyecto no fue aprobado por el Congreso de la - -- Unión, por lo que no pasó de ser un antecedente meramente teórico, pero digno de ser mencionado.

Expedida la Constitución de 1917, en el año de 1924 en - la Primera Convención Bancaria, celebrada en la capital de la República en el mes de febrero, se presentó otro proyecto sobre compañías bancarias de fideicomiso y ahorro, cuyo autor -

fue don Enrique C. Creel.

Cabe mencionar que este proyecto corregía la terminología del anterior, al sustituir la expresión instituciones fideicomisarias por la denominación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorro, proponía que se autorizara al Ejecutivo expedir una ley sobre la materia que detallara las bases constitutivas y de operación de las citadas compañías.

Las principales operaciones que regulaba este proyecto eran la aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomiso, de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles y otros, así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños.

Dentro del proyecto se propusieron diecisiete bases para expedir la ley, mediante las cuales se pretendía regular el capital con que debían contar, su objeto y el tipo de operaciones que podían realizar.

Este proyecto no obtuvo tampoco ningún resultado práctico, quedando también como antecedente histórico de la institución.

Como otro antecedente doctrinario mexicano, creemos oportuno mencionar el proyecto presentado en ese mismo año por el licenciado Vera Estaño, documento que fue denominado Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, incurriendo como vemos en el error de su antecedente de 1905 en el uso erróneo de una terminología, ya que como hemos notado el término fideicomisario apunta más al beneficiario del fideicomiso que a la institución o compañía como se le nombró en aquel

entonces, mejor conocidas como fiduciarias, y sirvió de modelo a legislaciones bancarias de otros países latinoamericanos como es el caso de Bolivia y Chile, aunque sabemos que la primera ley sobre fideicomisos data de 1926, advertiremos que ya la Ley Bancaria de 1924 publicada en el Diario Oficial del día 16 de enero de 1925, introdujo en su contenido el fideicomiso por primera vez en nuestro Derecho, al señalar en la fracción VII del artículo 6o. a los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito para todos los efectos legales y como tales los sometía al régimen de concesión especial que otorgaba el Ejecutivo de la Unión por un período máximo de treinta años, como se desprende de los artículos 7o. y 15o. de este ordenamiento.

En el Diario Oficial de 17 de julio de 1926, se publicó la Ley de Bancos de Fideicomiso y en ella ya se le daba una estructura al fideicomiso mexicano.

En la exposición de motivos de esta Ley se determinaba que la institución de fideicomiso era nueva en México, por lo que se trataba de la legalización de una institución jurídica moderna que en otros países se practicaba desde hacía tiempo con resultados positivos que permitían que las operaciones financieras y comerciales se hicieran sin las trabas del derecho tradicional, afirmando que el nuevo fideicomiso era una nueva institución distinta de las anteriores y muy particularmente del fideicomiso del Derecho Romano, concluyendo dicha exposición de motivos que la nueva Ley autorizaba a los bancos de fideicomiso para tener departamentos de ahorro y satis

facier así una necesidad social que contribuiría a elevar la - condición económica y aún la moral de las clases trabajadoras, autorizaba también el establecimiento de departamentos bancarios para descuento y depósito.

Sin duda alguna, la Ley constituyó un ensayo para aclimatar la institución en nuestro país y al transcurrir el tiempo la misma empezó a producir resultados y con el uso continuo - se fueron viendo las necesidades de realizarle reformas de -- acuerdo a las propias necesidades que ha requerido la actividad bancaria. Dentro de los lineamientos más importantes de - esta Ley mencionaremos los siguientes:

El objeto de estas instituciones eran las operaciones -- por cuenta ajena y a favor de terceros, autorizadas en el artículo 10.

Para su establecimiento se requería del otorgamiento de una concesión, con la exigencia de ser constituida como Sociedad Anónima, según lo estipulaba en su artículo 20.

En los artículos 30. y 40., se regulaban sus órganos de administración y vigilancia, y la forma en que debían de estructurarse; el artículo 50. prohibía a los bancos o compañías establecidos en país extranjero, tener en la República - agencias o sucursales cuyo objeto fuera practicar operaciones de fideicomiso; en el artículo 60. establecía que el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable, en virtud - del cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad de quien los entrega, llamado fideico-

mitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario; el artículo 14o. disponía que el Banco fiduciario podría ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitidos todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso, pero no podría enajenar, gravar o pignorar dichos bienes a menos de tener facultad expresa o ser indispensables estos actos para la ejecución del fideicomiso; las causas de extinción se encontraban en el artículo 18o., y el artículo 22o. establecía las operaciones que podían encargarse los bancos de fideicomiso, complementadas en el artículo 23o. para bancos de fideicomiso como operaciones por cuenta ajena.

La vigencia de la Ley de Bancos de Fideicomisos fue muy corta, el 31 de agosto del mismo año quedó aprobada la nueva ley bancaria, denominada Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, publicada en el Diario Oficial del 16 de noviembre de dicho año, que incorporó a los preceptos que la anterior ley sobre fideicomisos ofrecía con una gran semejanza con ésta, pues reproducía casi en gran medida algunos de sus artículos y ya en su capítulo VI se le denominó de los Bancos de Fideicomiso, comprendía de los artículos 97 a 150 inclusive.

Dentro de las disposiciones importantes que contenía esta disposición, mencionaremos las siguientes:

En su artículo 3o. reiteró la prohibición de las instituciones de crédito extranjeras de llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México, ya en su artículo 5o., fracción V, se-

ñalaba a los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito y el artículo 6o., complementando el artículo 5o., exponía la necesidad del otorgamiento de concesión por parte del Ejecutivo de la Unión para su establecimiento, exigiendo que se constituyeran como Sociedades Anónimas, con un número no menor de quince fundadores y con un capital mínimo de QUINIEN TOS MIL PESOS en el Distrito Federal y de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS en los Estados y Territorios; se aumentaba el capital exigido en doscientos cincuenta mil pesos más para el Distrito Federal y ciento veinticinco mil pesos más para los Estados y Territorios, por cada uno de los departamentos de ahorro o bancarios si los tuviera; la vigencia de esta Ley fue escasamente de seis años.

Con posterioridad, en 1932 aparece la Ley General de Instituciones de Crédito, señalando en su exposición de motivos lo siguiente:

"La Ley de 1926 introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un gran desarrollo; pero, desgraciadamente, la Ley de 1926, no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y una reglamenta--

ción adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias.

Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de este instituto que la ley actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable. Siguiendo en ello el precedente ya establecido en la Ley actual, la nueva ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso dé lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal. La nueva Ley conserva, también respecto a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y desempeñar mandatos o comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Destruye pues, la nueva ley, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros; pero, por la semejanza de funciones y para asegurar a las instituciones fiduciarias, un campo más amplio de acción, las deja autorizadas, como queda dicho, no sólo para encargarse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar todas las demás funciones enumeradas antes en términos generales".

Por lo que respecta a los preceptos de la Ley, su artículo 10., fracción II, inciso e), consideraba a las fiduciarias como instituciones de crédito, sujetas a concesión del Gobierno (artículo 30.) y con la prohibición ya tradicional de que las sucursales de bancos extranjeros pudieran actuar como fiduciarias; por lo que respecta al funcionamiento de las fiduciarias, la fracción VI del capítulo II estaba dedicada íntegramente a ella, sus disposiciones se contenían en los artículos del 90o. al 96o. inclusive, y señalaba, además, en su artículo 228o., 2o. párrafo, lo siguiente:

"En el caso de operaciones de fideicomiso o de comisiones o mandatos conferidos a instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, el acto constitutivo del fideicomiso o el documento en que consten la comisión o el mandato, quedarán comprendidos en la exención que este artículo establece; pero los actos, contratos o documentos que deban ejecutarse u otorgarse para la realización del fideicomiso o para el desempeño del mandato o de la comisión, causarán el impuesto como si -- tales actos, contratos o documentos hubieran sido ejecutados u otorgados por el fideicomitente, mandante o comitente".

La exención señalada en el texto transcrito anteriormente se refería al Impuesto del Timbre, del que entonces se eximía a las demás instituciones de crédito.

Finalmente, señalaremos que después de la Ley Bancaria - de 1932, que fue paralela a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que regula el fideicomiso como institución sustantiva y que continúa vigente, fue promulgada la Ley Gene

ral de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares - de 1941, publicada en el Diario Oficial de 31 de mayo del propio año, la que en la actualidad regula las actividades de -- estas instituciones.

No habiéndose detenido con ésto la evolución del fideicomiso, ya que existen diversas disposiciones que han surgido - después de dicho año, tanto en forma de leyes como de reglamentos, que poco a poco han ido configurando el fideicomiso -- mexicano con las características actuales.

II.- EL FIDEICOMISO MERCANTIL:

Como anteriormente indicamos, el antecedente inmediato - del fideicomiso en nuestro país es el Trusts; en realidad, el legislador mexicano estructuró en concordancia con nuestro -- medio, una institución totalmente distinta al Trusts.

En primer término, nuestro legislador tuvo la atingencia de comercializar la operación, instituyéndola exclusivamente como bancaria; ha sido sólo la solvencia de los bancos y la - vigilancia que sobre ellos ejerce el Estado, que se han establecido las bases para la aplicación extensiva del fideicomiso.

Sabemos que en algunas ocasiones la vigilancia estatal - ha fallado, lo que ha traído como consecuencia que algunos -- gancos fiduciarios han fracasado; aún así, en términos generales se puede decir que el fideicomiso es una institución ya - arraigada en nuestro país, teniendo perfiles muy propios y un gran campo de aplicación.

A continuación, haremos una breve reseña de los elementos

del fideicomiso; en primer término, tenemos los elementos personales, que son: 1.- El fideicomitente; 2.- El fiduciario; y, 3.- El fideicomisario.

El fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso; debe tener poder de disposición sobre los bienes o -- derechos que constituyan el patrimonio fideicomitado. Si no -- se reserva en el acto constitutivo el derecho de revocar el -- fideicomiso, éste se entenderá irrevocable, como lo señala el artículo 357, fracción VI, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El fiduciario es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso, y se le atribuye temporalmente la titularidad de -- los bienes fideicomitados; de acuerdo con nuestra legislación, las entidades bancarias son las únicas autorizadas para actuar como fiduciarias.

El fideicomisario es la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso y puede serlo el mismo fideicomitente o un tercero, no pudiendo serlo nunca el fiduciario.

Por lo que respecta al patrimonio fideicomitado, éste -- puede estar constituido por bienes o derechos, e incluso por determinados derechos sobre bienes que puedan ser sujetos de afectarse en fideicomiso.

Por lo que respecta a las diversas clases del fideicomiso, sólo procederemos a enunciarlos: fideicomisos de garantía; fideicomisos de administración; también se clasifican en fi--

fideicomiso expreso e implícito; condicionales; secretos; sucesorios; de beneficencia y de inversión; los mismos pueden ser onerosos o gratuitos.

III.- DIFERENCIAS:

En contraste con la naturaleza de la institución de fideicomiso que el Trusts reviste, y de los derechos sucesorios vistos en forma puramente práctica (en su gran mayoría los Trusts son testamentarios), sus rasgos jurídicos no han sido alterados por las Trusts Companies.

En México se adoptó, a través de la legislación bancaria y está regulado dentro de las operaciones de crédito, sin que estrictamente le corresponda esta calidad, aunque puede originarlas frecuentemente.

La diferencia entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil no existe en los países del Common Law.

Como anteriormente mencionamos, en nuestro país, a diferencia de lo ocurrido en otros países latinoamericanos, el fideicomiso se adoptó en la legislación bancaria y en la de títulos y operaciones de crédito, no así en el Código Civil; por lo que algunos autores consideran que automáticamente se convierte en un acto de comercio e incluso se ha sostenido que es un acto absolutamente mercantil. Sin embargo, suponemos que esta posición es infundada, al no existir una declaración expresa de nuestros legisladores; ya que la categoría de actos puramente mercantiles es más doctrinaria que legal, y en el supuesto de que existiera, el fiat legislativo sería insuficiente para traspasar la naturaleza jurídica de la ins-

titución.

Consideramos por lo expuesto que el fideicomiso con frecuencia reviste el carácter mixto: civil para el fideicomitente y mercantil para el fiduciario, al tomar en cuenta la calidad que éste tiene de institución bancaria. Que sería distinto por conveniencia el someter este acto mixto y a las partes a la legislación comercial.

CAPITULO V

LA SUBSTITUCION FIDEICOMISARIA EN LOS TESTAMENTOS.

I.- EFECTOS:

Como anteriormente vimos, la substitución fideicomisaria es aquella en la que el testador impone al heredero la obligación de transmitir los bienes materia de la herencia a determinada persona, ya sea durante la vida del heredero o cuando -- el mismo fallezca; esta clase de substitución se encuentra -- prohibida por la ley, como hemos mencionado, en el artículo - 1473 de nuestro Código Civil vigente.

En esta clase de substitución se consideraría al heredero como usufructuario de los bienes, ya que el dominio lo tendría que transmitir como hemos dicho, durante su vida o a su muerte.

El testador, por la cláusula fideicomisaria, en realidad estaría favoreciendo a una tercera persona distinta al heredero o incluso estaría previendo que su heredero tuviese a su vez la obligación de testar en favor de determinada persona; de lo que resultaría que el testador sería el fideicomitente, el heredero el fiduciario y los bienes que se transmiten se -- considerarían en fideicomiso.

Ya analizamos con anterioridad que no se considera substitución fideicomisaria al usufructo que se deja en favor de determinada persona y a la nuda propiedad que se deja en favor de otra, ya que se estaría en este caso hablando de dos -- objetos distintos, uno que se refiere al usufructo y otro que se refiere al dominio de la cosa.

Cabe aclarar que en la substitución fideicomisaria, el -- fiduciario es realmente heredero, pues disfruta la herencia -

y sucede en los derechos y obligaciones, si bien no puede enajenar, mientras que en el fideicomiso el fiduciario realmente no es heredero, es un depositario de la herencia, un mandante o un ejecutor testamentario.

Otro efecto de esta substitución es que el fideicomisario adquiera derecho a la sucesión desde la muerte del testador, no importando que muriera antes el fiduciario. En este supuesto, el derecho del testador pasaría a sus herederos.

Por lo que respecta a cuando el fideicomisario pueda pedir la herencia al fiduciario, teniendo en cuenta la naturaleza de la substitución fideicomisaria, podrá hacerlo cuando ha ya muerto el fiduciario; por otro lado, el fiduciario no puede deducir nada que no sea gasto legítimo, créditos o mejoras, a no ser que el testador dispusiera otra cosa.

Para concluir, mencionaremos que si el fideicomisario es un heredero del fideicomitente y no del fiduciario, éste en realidad es un heredero usufructuario, y, por consiguiente, tendrá que hacer inventario y cumplir las demás obligaciones que la ley impone a los usufructuarios.

II.- CONSECUENCIAS:

Dentro de las principales consecuencias que tendría la substitución fideicomisaria en los testamentos, sería aquella en que los bienes materia de la sucesión se irían transmitiendo de generación en generación, como era aceptado en algunas legislaciones antiguas, lo que definitivamente sería perjudicial para la economía de determinados sectores de la población y también para la economía del país, y atentaría a la --

libertad del tráfico mobiliario o inmobiliario, ya que el heredero fiduciario no podría disponer de los bienes que hubiese heredado, sino en la forma y términos establecidos de ante mano, lo que resultaría incongruente a la luz de nuestro Dere cho Positivo.

Otra consecuencia de esta substitución fideicomisaria, - puesta en un testamento, es que traería consigo su nulidad, - pero desde luego no la nulidad del testamento o de la insti tu ción respectiva; ésto es, se tendría por no puesta la cláusula y sería válida la institución, originando en este caso la herencia legítima cuando sobrevenga alguna causa de caducidad ante la imposibilidad de que el heredero substituto pueda recibir por testamento, toda vez que esta substitución se consi dera como no puesta.

C O N C L U S I O N E S :

1.- Considero necesario la introducción y el uso en nuestro Derecho del concepto negocio jurídico.

2.- El testamento es el único instrumento mediante el cual es posible proyectar la voluntad de las personas aún después de su muerte.

3.- De acuerdo con las diversas formas que señala nuestra legislación para otorgar testamento, cualquier persona, - aún en circunstancias especiales, puede dictar sus disposiciones testamentarias, lo que considero muy apropiado.

4.- Es recomendable que al otorgarse un testamento se prevea la substitución de herederos, a efecto de que el testador pueda, de alguna forma, prevenir acontecimientos que puedan hacer inoperante su disposición testamentaria.

5.- El fideicomiso es una institución muy amplia y muy completa, que en los últimos tiempos ha tenido un gran desarrollo y seguramente que lo seguirá teniendo, por la amplia gama de posibilidades que en él se pueden encuadrar.

6.- Me parece acertado que la ley no permita las cláusulas de substitución fideicomisaria en los testamentos, ya que si se aceptaran, los bienes materia de la sucesión se irían transmitiendo de generación en generación, lo que perjudicaría la economía de algunos sectores del país, y atentaría contra la libertad del tráfico inmobiliario principalmente.

7.- Si se pusieran dichas cláusulas de substitución fideicomisarias en el testamento, las mismas se tendrían por no puestas, siendo válido el instrumento en sus demás dispo-

cisiones.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARCE Y CERVANTES JOSE.- De las Sucesiones.- Editorial Porrúa, S.A.- Primera edición. México 1983.
- 2.- BATIZA RODOLFO.- El Fideicomiso (Teoría y Práctica).- Editorial Porrúa, S.A.- Cuarta edición. México 1980.
- 3.- BORJA SORIANO MANUEL.- Teoría General de las Obligaciones. Tomo I.- Editorial Porrúa, S.A.- Séptima edición. México 1971.
- 4.- BORJA SORIANO MANUEL.- Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa, S.A.- Octava Edición. México 1982.
- 5.- CERVANTES AHUMADA RAUL.- Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Herrero, S.A.- Novena edición. México 1976.
- 6.- IBARROLA ANTONIO DE.- Cosas y Sucesiones.- Editorial Porrúa, S.A. Primera edición. México 1957.
- 7.- MUÑOZ LUIS.- Derecho Civil Mexicano. Tomo II.- Ediciones-Modelo, S.A.- Primera edición. México 1971.
- 8.- ORTIZ-URQUIDI RAUL.- Derecho Civil.- Editorial Porrúa, S.A.- Primera edición. México 1971.
- 9.- PINA RAFAEL DE.- Derecho Civil Mexicano (Bienes y Sucesiones. Volúmen II.- Editorial Porrúa, S.A.- Quinta edición. México 1973.
- 10.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Derecho Civil Mexicano. Tomo IV. Volúmen II (Ejecuciones).- Editorial Porrúa, S.A.- México - - 1958.

11.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Derecho Civil Mexicano (Introducción y Personas). Tomo I.- Editorial Porrúa, S.A.- Cuarta edición. México 1969.

12.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Derecho Civil Mexicano. Tomo IV Volúmen I (Sucesiones).- Editorial Porrúa, S.A.- Tercera edición. México 1958.

I.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo IV. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México 1984.

II.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo VII. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. México 1984.

III.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- Tomo XIX.- Industria Gráfica del Libro, S.R.L.- Argentina 1979.

IV.- ESTUDIO JURIDICO EN HOMENAJE A MANUEL BORJA SORIANO.- -- Editorial Porrúa, S.A.- Primera edición. México 1969.

V.- LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO. Banco Mexicano Somex, S.A.- México 1983.

A.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.- Revisado y actualizado por el Lic. Miguel Angel Serrano Yriberri.- Librería - Teocalli.- México 1984.

B.- CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS (LEY GENERAL- DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO).- Editorial Porrúa, S.A. Cuadragésimosegunda edición. México 1984.