



Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

**“LA TRASCENDENCIA JURIDICA DEL
FIDEICOMISO TESTAMENTARIO”**



**FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
ALICIA SOBRINO FRANCO**

México, 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.

LA TRASCENDENCIA JURIDICA DEL
FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

I N D I C E

INTRODUCCION

	Pág.
CAPITULO PRIMERO	
HISTORIA DEL FIDEICOMISO	
1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.	1
a) ROMA.	1
b) ALEMANIA.	5
c) INGLATERRA.	7
d) ESTADOS UNIDOS.	9
2.- CONCEPTO DE USO.	10
a) LA LEY DEL USO EN INGLATERRA DE 1534.	13
3.- PERSONAS QUE INTERVIENEN.	16
a) DIVERSAS CLASES.	17
4.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.	20
a) PROYECTO LIMANTOUR.	20
b) PROYECTO CREEL.	22
c) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECI MIENTOS BANCARIOS DE 1924.	23
d) PROYECTO VERA ESTANOL.	25

e) LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISOS DE 1926.	26
f) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECI MIENTOS BANCARIOS DE 1926.	28
g) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.	30
h) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.	32
i) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZA- CIONES AUXILIARES DE 1941.	33
j) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE LA BANCA Y CREDITO DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1982.	34
k) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y - CREDITO DEL 14 DE ENERO DE 1985.	36

CAPITULO SEGUNDO

EL FIDEICOMISO EN GENERAL

1.- DEFINICION.	38
2.- NATURALEZA JURIDICA.	39
3.- FINES DEL FIDEICOMISO.	50
ELEMENTOS PERSONALES.	51
4.- FIDEICOMITENTE.	51
5.- INSTITUCION FIDUCIARIA.	54
6.- COMITE TECNICO.	56
7.- FIDEICOMISARIO.	61
8.- DIVERSAS CLASES DE FIDEICOMISOS.	63

9.- FORMAS DE EXTINCION.	65
--------------------------	----

CAPITULO TERCERO

LA SUCESION EN GENERAL

"A"

1.- LA SUCESION TESTAMENTARIA.	69
a) CONCEPTO DE TESTAMENTO.	70
2.- FORMAS DE TESTAMENTO.	70
a) PUBLICO ABIERTO.	70
b) PUBLICO CERRADO.	71
c) OLOGRAFO.	72
d) PRIVADO.	74
e) MILITAR.	76
f) MARITIMO.	77
g) HECHO EN PAIS EXTRANJERO.	78
3.- INSTITUCION DE HEREDEROS Y LEGATARIOS.	80
4.- NOMBRAMIENTO DE ALBACEA, EJECUTOR TESTAMENTARIO E INTERVENTORES.	82

"B"

1.- SUCESION LEGITIMA.	93
a) DELACION HEREDITARIA.	95
2.- PARENTESCO.	96
a) LINEAS Y GRADOS DE PARENTESCO.	96
3.- SUCESION DEL CONYUGE Y DE LA CONCUBINA.	98

4.- PARTICION DE LA HERENCIA.	100
5.- TUTELA LEGITIMA.	102

CAPITULO CUARTO

EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

1.- QUE ES EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.	104
2.- CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.	105
a, POR TESTAMENTO.	105
b) POR ACTO INTER-VIVOS.	107
3.- ELEMENTOS PERSONALES.	111
a) FIDEICOMITENTE O TESTADOR.	111
b) FIDEICOMISARIO O HEREDERO.	113
c) INSTITUCION FIDUCIARIA.	117
4.- EJECUCION DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.	117
5.- TITULARIDAD DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.	121
6.- INEMBARGABILIDAD DEL PATRIMONIO CONSTITUIDO EN FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.	124
7.- EL FIDUCIARIO Y EL ALBACEA TESTAMENTARIO.	127
8.- PUBLICIDAD DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.	129

INTRODUCCION.

Un estudio sobre el fideicomiso ofrece siempre dificultades e incertidumbre, motivado principalmente por razones que -- radican tanto en el origen como en la doctrina y en la falta de -- jurisprudencia.

En el origen, por tratarse de una figura con raíces --- romanas, alemanas, inglesas y de los Estados Unidos, en donde Mé- xico de éste último ha adquirido gran influencia para su adapta- ción en nuestra legislación, conteniendo características propias que lo hacen diferente de sus fuentes.

En la doctrina, porque aún no ha tomado cuerpo de una - manera amplia e integral entre nosotros, como ejemplo de esto po- demos mencionar, que hay pocos autores mexicanos que han escrito sobre las características del fideicomiso, otro ejemplo es que no ha adoptado un criterio uniforme sobre la naturaleza jurídica.

Al respecto de la jurisprudencia, durante la investiga- ción del presente trabajo, me pude percatar que son pocos los ca- sos que han llegado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El fideicomiso no es otra cosa que una simple operación

de confianza; claro que esta operación puede revestir formas tan complejas y de hecho así sucede, que muchas veces se pierde dentro de la complicada estructura que se dá al documento que lo contiene la sencillez de su esencia, y la nitidez de su significado; Fe, -- confianza.

Existen palabras que ya sea por novedosas o técnicas se cubren con velo de misterio del cual es difícil despojarlas aún -- cuando el concepto que expresan sea perfectamente accesible a cualquier persona que se proponga descubrirlo en integridad, y otras -- que se convierten en tabú, pues su significado generalmente se liga con algo desagradable o fatal.

El ejemplo de palabra convertida en tabú es el testamento, que sugiere de primera intención, pensar en la muerte, pero -- que en el fondo, no es sino un instrumento de expresión de la voluntad libre de una persona y de planeación de uso de su patrimonio para después de su fallecimiento; estimando la validéz de lo -- que un testamento puede representar para quien lo otorga y para -- aquellos a quienes se dirige; otro ejemplo de una palabra de misterio, que expresa un concepto simple en el fondo también es el fideicomiso.

Y así dos palabras que a primera vista sugieren misterio

y tabú, fideicomiso y testamento, se convinan para crear una figura de enorme utilidad, de ilimitada aplicación y de inapreciables beneficios, haciendo nacer el fideicomiso testamentario, cuya sencilla esencia puede definirse como el encargo que hace una persona hace en vida a una institución fiduciaria, para que ésta realice con el patrimonio de aquella, una vez que fallezca, todos los actos necesarios que den vida a una planeación patrimonial, responsable y firmemente meditada, en beneficio, generalmente a la familia, expresada a través de esta figura jurídica.

A.S.F.

CAPITULO PRIMERO

HISTORIA DEL FIDEICOMISO

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

a) ROMA

El término fideicomiso deriva del latín FIDEICOMMISSUM, - que significa: fides, fe y commissus confiado, confiar en la buena fe, referida ésta a un tercero. (1)

El fideicomiso es una institución jurídica, en virtud de la cual una persona, el fideicomitente, por disposición de su última voluntad encargaba a otra, el fiduciario, transmitir toda una parte alicuota de su herencia o un bien determinado de su patrimonio a una tercera persona llamada, fideicomisario. (2)

Este fideicomiso se realizaba en forma verbal, con absoluta libertad y su base era la buena fe del fiduciario quien sólo -- era moralmente responsable (esta situación ocasionaba reiterados fraudes e injusticias). De él se favorecían las personas que no te

(1) DICCIONARIO ENCICLOPEDICO HACHETTE CASTEL. Ediciones Castel. - España 1981. Tomo V. p. 918.

(2) LEMUS GARCIA, Raúl. Derecho Romano (Personas-Bienes-Sucesiones). Editorial Limsa. México 1964. p. 313.

nían la testamenti factio passiva o para burlar a la Lex Falcidia.
(3)

Señala el maestro Margadants que después de las guerras - Púnicas, con mucha frecuencia los fiduciarios deshonestos no cumplían en Roma con el encargo, pues el dinero valía más que la buena reputación, esta situación probacó escándalo, por lo que en el imperio de Augusto encargó a sus cónsules que vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos. (4)

La materia fideicomisaria adquirió tanta importancia en la práctica del pueblo romano que, posteriormente, el emperador -- Claudio constituyó dos praetores fideicommissarii, para atender exclusivamente todos los asuntos relativos al fideicomiso. (5)

Las principales características del fideicomiso en la época clásica, que podemos señalar, son las siguientes:

a) El fideicomiso podía establecerse lo mismo en un testamento que

(3) FLORIS MARGADANTS, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge, S. A. México 1977. p. 501.

(4) FLORIS M., G. Ob. Cit. 501.

(5) LEMUS, R. Ob. Cit. p. 314.

en un codicilo. (6)

b) Podía constituir un fideicomiso para la persona que muriera intestada.

c) El fideicomiso podía dejarse a cargo no sólo del heredero, sino también al de un legionario y aun del fideicomisario.

d) El fideicomiso, en principio, podía recogerse hasta por aquella persona privada de la testamenti factio y del ius capiendi.

e) El fideicomiso no requería de solemnidades en su constitución.

f) El fideicomisario únicamente tiene un derecho de crédito derivado del fideicomiso.

Los elementos personales del fideicomiso son:

1.- El fideicomitente, que es la persona que constituye el fideicomiso.

2.- El fiduciario, que es el sujeto encargado de ejecutar las disposiciones contenidas en el fideicomiso.

(6) Para Eugéné Petit de su obra Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Saturnino Calleja, S. A. Madrid 1924. p. 635; dice que el codicilo es un acto de voluntad que no está sometido a ninguna de las formalidades del testamento, y se podía dejar varios; era un medio de añadir ciertas disposiciones a un testamento ya hecho, lo que no se hubiera podido realizar por uno nuevo sin revocar el primero.

3.- El fideicomisario, o sea el beneficiario del mismo. (7)

El Fideicomiso Universal era el que tenía por objeto ---- transmitir todo el patrimonio o una parte alícuota del mismo. Este fideicomiso podía otorgarse en testamento o en codicilo. El fidu-- ciario cumple su encargo entregando los bienes al fideicomisario, mediante una venta ficta.

Para ser fiduciario debería tener la característica de he redero. Podía responder de las deudas hereditarias aun cuando ya - hubiese entregado los bienes heredados al fideicomisario, al mismo tiempo estaba facultado para cobrar los créditos en favor de la su cesión. Dichos efectos se evitaban recurriendo a una doble estipu- lación, *emptae et venditae hereditatis*, por la cual el fiduciario se obligaba a entregar al fideicomisario todo lo que recibiera co- mo heredero y éste último restituirle a aquél las deudas heredita- rias que pagase. (8)

Podemos decir en conclusión que los romanos crearon el fi deicomiso en un principio como refugio para eludir las restriccio- nes de la ley en materia de sucesiones, posteriormente la emplea--

(7) LEMUS, R. Ob. Cit. p. 314.

(8) LEMUS, R. Ob. Cit. p. 314.

ron para que los testadores pudieran transmitir los bienes de una herencia a quienes las leyes incapacitaban (sirvientes, esclavos, etc.) para heredar por testamento y para constituir herederos sucesivos.

El fideicomiso romano prácticamente se extinguió, cuando desaparecieron las antiguas restricciones del derecho hereditario por lo cual debió su origen. (9)

b) ALEMANIA

En el Derecho Germánico encontramos tres instituciones -- que son antecedentes del fideicomiso: La prenda inmobiliaria, el manusfidelis y el salman o treuhand.

La prenda inmobiliaria constituía un medio por el cual el deudor transmitía a su acreedor, para fines de garantía, un bien inmueble mediante la entrega de una carta venditionis, y al mismo tiempo se obligaba el propio acreedor, con una contracarta a la -- restitución del primer documento y del inmueble transmitido, en ca

(9) RABASA, Oscar. El Derecho Angloamericano. Editorial Porrúa, -- S. A. México 1982. p. 270.

so de que el deudor puntualmente cumpliera con su obligación. (10)

El manusfidelis se empleaba para contravenir las prohibiciones o limitaciones establecidas en las disposiciones legales para determinar la calidad de los herederos legítimos. Quien quería realizar una donación inter vivos o post obitum, transmitía la cosa materia de la donación a un fiduciario, llamado manusfidelis -- con una carta venditionis. El manusfidelis inmediatamente después de dicha transmisión, (de ordinario) el mismo día, retransmitía al verdadero beneficiario la cosa adquirida, reservando al donante un derecho mas o menos amplio de goce sobre la cosa donada para que durante su vida lo disfrutara. (11)

El manusfidelis siempre era una persona del clero, pues era necesaria una garantía de esa naturaleza.

El saman o treuhand era aquella persona que desempeñaba el cargo de fiduciario. El derecho germánico lo definía como la -- persona intermediaria que realiza la transmisión de un bien inmueble, del propietario original al adquirente definitivo. Estas fun-

(10) VILLAGORDOA, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. - Editorial Porrúa, S. A. México 1982. p. 5

(11) VILLAGORDOA, J. M. Ob. Cit. p. 6.

ciones, en parte, coinciden y en parte se diferencian de las que son propias del manusfidelis.

En el Derecho antiguo el salman es el fiduciario que recibe sus facultades del enajenante y, a su vez, se obliga frente a él, en forma solemne, a transmitir los bienes al tercero destinatario de los mismos. (12)

c) INGLATERRA

Los ingleses crearon la figura del USO O TRUST que se remonta al siglo XIII, como recurso para evadir muchas de las prohibiciones, nulidades y cargos impuestos por sus viejas leyes. Al mismo tiempo con los usos (uses) se buscaba obtener ciertos propósitos como el de evitar la exacción de tributos feudales y la aplicación de las leyes de Manos Muertas; su origen se encuentra en una intención ilícita y codiciosa. (13)

(12) VILLAGORDOA, J. M. Ob. Cit. p. 6. Holmes, autor citado por BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. Editorial Parrúa, S. A. México 1980. p. 35, lo considera al treuhand o salman, como el primitivo albacea a quien se transmitían bienes inmuebles en vida del dueño para que a su muerte cumpliera los fines previstos.

(13) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 29.

Conduciéndonos a la hipótesis del maestro de Maitland, su primera y general utilización haya ocurrido en el siglo XIII como resultado de la transmisión de tierras "para el uso" de los frailes Franciscanos, a quienes las reglas de la orden prohibían, en lo individual o comunmente la propiedad de bienes. (14)

Ya para principios del siglo XV se había generalizado tanto esa costumbre, que en el reinado de Enrique V (1413-1422) la mayor parte de las tierras estaban sujetas al régimen de los usos.

Oscar Rabasa, nos explica que desde tiempos remotos, y -- por variados motivos, se comenzó en Inglaterra la práctica de que el propietario de una tierra traspasara su dominio a otra persona denominada feoffee to use (feudatario de uso, ésto es, el cesionario del dominio, sujeto al derecho de uso en favor de un tercero - beneficiario), con el entendimiento entre las partes de que aun -- cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona llamada cestui que use, (el que tiene el uso de la cosa), a quien el autor del uso quería favorecer, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de -- verdadero propietario con respecto al mismo bien. Con esta operación, el cesionario recibía el dominio pleno de la cosa a título -

(14) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 33

de propietario en derecho, pero no para que él la aprovechara en su propio beneficio, sino con el encargo confiado a su buena fe, de que lo poseyera para uso exclusivo del cestui que use aquél en cuyo favor se constituía el uso y aprovechamiento absoluto del inmueble traspasado. (15)

d' ESTADOS UNIDOS

La definición mas aceptada por los americanos del fideicomiso o trust, es la del Restatement of Trusts del American Law Institute, que es la siguiente:

"Un fideicomiso es una relación fiduciaria con respecto a bienes sujetando a la persona que depende de la posesión de dichos bienes, a deberes de equidad y para utilizarlos en beneficio de -- otra persona, lo cual surge como resultado de una intención manifestada de crearlo". (16)

El elemento esencial del fideicomiso angloamericano es -- que el fideicomiso tiene el título legal de propietario en benefi-

(15) RABASA, O. Ob. Cit. p. 271.

(16) GOLDSCHIMIDT, Roberto. El fideicomiso (trust) en el derecho -- comparado (especialmente americano). Editorial Arayú. Buenos Aires 1954. p. 27.

cio de otra persona, quien sólo tiene un interés protegido por la equidad, o sea un interés puede ser impuesto y que, generalmente, sólo es reconocido por los tribunales en razón de los rendimientos especiales provistos por la equidad.

2.- CONCEPTO DE USO

Los usos fueron instituciones creadas por el derecho de equidad en Inglaterra, fue un instrumento producto del proceso de la costumbre del pueblo para defenderse de las pesadas e injustas cargas que les imponían los señores feudales.

Los primeros usos fueron instituciones utilizadas por un propietario de tierras que transfería parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación (en feoffee) para el uso de otro, (feofor). El que recibía a la propiedad se llamaba feoffee to uses y al beneficiario se llamaba cestui que use.

Durante el siglo XII, el Clero en Inglaterra llegó a adquirir gran riqueza y poder, al grado de que una cuarta parte de todas las tierras del país se hallaban en manos de las asociaciones religiosas, con el resultado de que la propiedad raíz se iba retirando del comercio, era improductiva y se acaparaban los recursos económicos del reino. De aquí que, para impedir estos males y

la acumulación de tierras en esas manos improductivas o Manos Muertas, el Parlamento de Inglaterra dictara, en 1217, la Ley Manos -- Muertas (Statute of Mortmain), seguida en épocas posteriores de -- otras leyes semejantes, que prohibían que las corporaciones reli-- giosas adquirieran y poseyeran tierras. Para evadir esta ley se hi-- zo costumbre enajenar los bienes a una interpósita persona de la -- confianza del clero, que les permitiera usar las propiedades tras-- pasadas como si fueran suyas en absoluto. De esta manera la ley y los Tribunales de Derecho (common law) reconocían que quien tenía el título de propiedad era el adquirente (feoffee to use), que no estaba incapacitado para tener esos bienes y, por tanto, no había

(17) En los Estados Unidos la primera corporación que se dedicó a negocios de fideicomiso fue la Massachusetts Hospital Life Insurance Co.; constituida en 1818 para realizar negocios de fideicomiso sin autorización legal durante 5 años. En 1822 se creó la Farmers Fine Insurance and Loan Co., en la ciudad de Nueva York una vez autorizada por su legislatura para dedicarse a negocios de fideicomiso; actualmente es la City Bank Farmers Trust Co. La Massachusetts Hospital Life Insurance Co., es la más antigua por su mas larga -- función; pero la City Bank Farmers Trust Co., de Nueva York lo es también por autorizada legislativamente. (1er. Conclave sobre fideicomiso St. Louis Missouri 1943. p. 54 y s.

violación de las leyes de Manos Muertas. (18)

El uso constituido sobre las tierras y sus accesiones fue considerado, desde un principio como un derecho diverso al dominio o "propiedad legal" (legal estate), y estaba libre de todas las --cargas y restricciones inherentes a la propiedad conforme al co---mmon law. (19)

Las personas que se les imponía el uso de los bienes, al mismo tiempo que escapaban a los diversos males y obligaciones que la calidad de propietarios conforme a derecho le reportaban, po---dían en realidad disfrutar los bienes, además de que el tenedor no minal le entregaba la posesión y los rendimientos de la cosa y po---dían disponer del uso sin necesidad de emplear los complicados for mulismos. En esos tiempos remotos, la propiedad se traspasaba me---diante la tradición de las cosas, que requería la entrega simbóli ca del inmueble en una aparatosa ceremonia, o bien simulado los --otorgantes juicios para que, por sentencia judicial, se operara la transmisión del dominio (Fine y recovery eran las dos formas usa--das para traspasar el dominio por medio de juicios ficticios, en - los que la sentencia de los tribunales resolvía la cuestión de pro

(18) RABASA, O. Ob. Cit. p. 275.

(19) RABASA, O. Ob. Cit. p. 276.

piedad y servía de título). La institución del uso permitía, a los beneficiarios, crear un nuevo patrimonio desconocido en absoluto - por la ley común, y transmitir este derecho en diversas formas inclusive por testamento. (20)

a) LA LEY DEL USO EN INGLATERRA 1534

Durante el reinado de Enrique VII el parlamento inglés expidió la Ley de Usos de 1534, disponía, quien gozara del uso iba a ser considerado como propietario de pleno derecho. Siempre que una persona poseyera un bien raíz a título de propietario, pero sujeto a uso de otra, la propiedad absoluta en derecho ya no estaría a -- nombre de la primera persona, sino que pasaría íntegramente a la -- segunda. Como resultado de esta ley, todo traspaso de un bien raíz a determinada persona a uso de otra traía como resultado jurídico transmitir la propiedad, tanto la llamada legal como la equitati-- va, directamente al beneficiario del uso, eliminando al intermediario o interpósita persona. Esta consecuencia inmediata de la ley -- se llamaba "ejecutar el uso", es decir, darle efectos legales de -- plena propiedad; durante algún tiempo impidió la existencia de los dos propietarios y de las dos especies propiedad; la legal y la -- equitativa, respectivamente, en una misma cosa que caracterizaba a

(20) RABASA, O. Ob. Cit. p. 276.

dicha institución. (21)

Existieron tres casos en los que era aplicable la Ley de Usos:

Primera.- Que se impusiera un deber activo al cesionario de la cosa para que ejecutara ciertos actos con respecto a la misma para provecho y beneficio de otro; de ello se infería, por tanto que -- cuando se imponía un deber activo al cesionario legal de una cosa, el uso o trust, o sea el encargo hecho, no caía bajo la sanción de la Ley sobre Usos y su ejecución quedaba a cargo del Tribunal de Equidad.

Segunda.- Cuando se creaba un trust como condición en un contrato de arrendamiento, en vista de que la Ley sobre Usos no se refirió expresamente a la cesión de derechos reales mediante arrendamiento de la cosa, si el dueño de ella daba bajo esta forma de convenio, por tiempo definido, al arrendatario, en calidad de trust o fideicomiso para un tercero, el derecho real derivado de este contrato lo adquiría el arrendatario: mas como la condición de fideicomiso quedaba fuera del texto legal antes citado, su ejecución y cumplimiento competían al Tribunal de Equidad.

(21) RABASA, O. Ob. Cit. p. 282.

Tercera.- La expresión técnica de use limited upon a use, ficción jurídica para evadir la prohibición de los antiguos usos, se planteó en los siguientes términos: una vez que la Ley sobre Usos surtía sus efectos, su fuerza legal se agotaba y, por consiguiente, - cuando una primera persona traspasaba el dominio de una segunda: - 1.- para uso de un tercero; 2.- para uso de una cuarta, la ley ejecutada, daba efecto legal al primero de los usos instituidos, convirtiendo a la tercera persona en el propietario de pleno derecho y el segundo uso ya no producía efecto alguno conforme al criterio del Common Law y los tribunales que lo aplicaban, de donde surgió la regla de que un uso no podía limitar a otro, siendo nulo en lo absoluto el constituido en segundo lugar. Mas sin los tribunales - del Common Law se negaban a reconocer el segundo uso instituido, - en cambio sus rivales, los jueces de equidad, le daban pleno efecto, desde el punto de vista de su propia jurisprudencia, estableciendo que si bien la persona favorecida en el primer uso era el propietario legal, la beneficiada con el segundo seguía siendo, como antaño, el dueño en equidad. Y de esta manera se restablecieron las viejas instituciones abolidas con la denominación de trust, y la dualidad de dominios. Legales, regidos por el Common Law y el equitativo, sostenido por la equidad que la ley sobre usos se propuso extinguir.

La Ley sobre Usos indicada, en su texto a derechos rea---

les, referentes a los bienes inmuebles, no alteró los usos constituidos sobre bienes inmuebles. (22)

3.- PERSONAS QUE INTERVIENEN

Pompeyo Claret y Martí dice que, constituir un trust es separar a una persona, llamada settlor, de un conjunto de bienes (inmuebles, muebles créditos, etc.) de su fortuna y confiarlos a otra persona, llamada trustee, para que haga de ellos un uso prescrito en provecho de un tercero llamado cestuj que trust. (23)

SETTLOR.- es el creador del trust, por medio de un acto de voluntad, que contiene la afectación de un patrimonio a un fin. Los bienes del trust han de quedar no sólo también de los del trustee, pues si la intención del settlor fuese el de confiarlos con los del trustee, habría donación con gravamen.

Puede ser settlor cualquier persona que tenga la capacidad de hacer testamento, de contratar, de gozar y de ejercer sus derechos patrimoniales; que pueda disponer a su arbitrio de sus

(22) RABASA, O. Ob. Cit. p. 248 y s.

(23) CLARET Y MARTÍ, Pompeyo. De la fiducia y del trust. Estudio de Derecho Comparado. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1946. p. 49

bienes. (24)

TRUSTEE.- es aquella persona capaz de adquirir y retener el título legal sobre bienes, tener capacidad natural y jurídica - para desarrollar el trust. (25)

EL CESTUI QUE TRUST.- es el beneficiario del trust, el -- que goza del beneficio real de la disposición, en cuyo provecho se constituyó y funciona el trust. Su derecho se llama equitable ---- estate, porque es protegido por el Tribunal de Equidad, que es mas eficaz que los tribunales ordinarios. (26)

a) DIVERSAS CLASES

Los trust se pueden dividir de la siguiente manera:

Los que nacen por la voluntad de las partes pueden ser el Trust Expreso, Trust Implícito, Trust Público y Trust Privado.

(24) VILLAGORDOA, J. M. Ob. Cit. p. 19.

(25) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 58. Villagordoa, J. M. Ob. Cit. p. 120
El Trustee es el que se convierte en el titular legal del bien o -
derecho que se fideicomite.

(26) CLARET Y MARTI, P. Ob. Cit. p. 35.

El trust expreso, a su vez se puede dividir en Trust Ejecutado y Trust por Ejecutarse.

Los Trust por Ministerio de Ley son: Trust Interpretativos y Trust Resultante.

Trust Expreso.- es el constituido con la intención deliberada por una de las partes, puede contenerse en un convenio, testamento o declaración oral (siempre y cuando sea un bien mueble). Su característica es que nace de un instrumento escrito.

Trust Ejecutado.- es aquel que se declara en los términos que dispone el settlor y no necesita precisar las modalidades a -- que está sujeto.

Trust por Ejecutarse.- es el que otorga derechos a los beneficiarios; pero con la condición de que un tercero debe subordinarse a algún acto adicional. Un ejemplo sería el de un testador - que da sus bienes a un trustee con instrucciones de conservarlos - durante un tiempo para después disponer de ellos.

Trust Implícito.- debe su existencia a los Tribunales de Equidad como resultado del instrumento del trust, dando efecto a - lo que a su juicio debe haber sido la intención de las partes.

Siempre que una persona facultada para hacer disposiciones de bienes, manifiesta alguna intención respecto a ellos y en favor de otra, si existe contraprestación suficiente o se trata de un testamento, los tribunales darán efecto a dicha intención por vía de trust, aunque los términos empleados no sean del todo técnicos.

Trust por Ministerio de Ley.- es aquel que impone la equidad con base en que los bienes se deben conservar en beneficio de alguien. Los Trust Interpretativos y los Trust Resultantes nacen por Ministerio de Ley.

Trust Interpretativo.- es aquel que exige a una persona que, ocupando una posición fiduciaria con respecto a ciertos bienes, debiendo ella obtener alguna ventaja personal.

Trust Resultante.- Según la definición que da Cheshire, puede surgir de dos formas; primero por la transmisión a nombre de otro, como en la compra de bienes cuyo precio cubre una persona; pero en que la propiedad se transmite a otra, en este caso nace un trust resultante por Ministerio de Ley en favor de quien entregó el precio, a menos que las circunstancias del acto indiquen que se propuso hacer una donación; la segunda cuando un trust expreso, ya en existencia, se frustra total o parcialmente, los bienes revier-

ten en favor del settlor o de sus herederos, salvo que una intención diversa aparezca del instrumento relativo. (27)

4.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.

El fideicomiso en México nace en la vida jurídica con la promulgación de la ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, en el año de 1925.

La primera vez que se utilizó el fideicomiso en el país - fué como instrumento de garantía de la emisión de bonos destinados a financiar la construcción de los ferrocarriles de México, varios años antes de que nuestra legislación diera cavida al fideicomiso. (28)

a) PROYECTO LIMANTOUR.

El 21 de noviembre de 1905, siendo Secretario de Hacienda el señor José Ives Limantour, envió al Congreso de la Unión una iniciativa de la cual era autor el señor Jorge Vera Estañol, que facultaba al ejecutivo para expedir la ley por cuya virtud puedan

(27) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 60 y s.

(28) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 97.

constituirse en la República instituciones comerciales encargadas en desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios. (29)

Esta iniciativa constaba de ocho artículos, en uno de --- ellos las instituciones bancarias quedaban configuradas como el en cargo hecho al fideicomisario, merced a un pacto entre dos o mas - personas de ejecutar cualquier acto, operaciones o contratos lici- tos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de to das las partes del mismo documento, o de un tercero, o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresa- mente en el contrato, o que fueran consecuencia legal del mismo.

Respecto de los bienes sobre los que se constituya, el fi deicomiso importaba un derecho real; la ley definía la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer.

El término que se le dió a las instituciones fiduciarias en el proyecto fué erróneo, pues les llamaron fideicomisarias.

Al no ser aprobado por el Congreso de la Unión este pro- yecto, tiene el mérito de constituir el primer intento legislativo

(29) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 100.

en nuestro país. (30)

b) PROYECTO CREEL.

En el año de 1924, se celebró una convención bancaria en donde se revivió el movimiento iniciado por José I. Limatour. Esta convención llevada a cabo en el mes de febrero, el señor Enrique Creel expuso la creación de Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro. Este proyecto corrigió el error de Limantour al substituir la expresión Instituciones Fideicomisarias, por la de Compañías -- Bancarias de Fideicomiso y Ahorro. Proponfa que se autorizara al Ejecutivo para expedir una ley sobre la materia que detallara los fundamentos constitutivos y de operación de las compañías citadas; y sin mencionar al trust, ni al fideicomiso, se basaban los Trust and Saving Banks norteamericanos.

El señor Creel trató de aplicar con su proyecto, mas que la legislación, la práctica norteamericana de esta institución que él estudió durante mas de nueve años de estancia en los Estados -- Unidos de Norteamérica. (31)

(30) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 101.

(31) LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO, Edición Fomento Cultural Somex. México 1982. p. 23.

La operación fundamental que regulaba el proyecto Creel - era la aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomiso, de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles etc., - así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños.

También cabe comentar que dentro del multicitado proyecto, se propusieron 17 bases para expedir la ley, mediante las cuales se pretendía regular el capital con que debería contar, su objeto y tipo de operaciones que podría realizar.

Este proyecto tampoco tuvo ningún resultado práctico, por lo que quedó como otro antecedente histórico de las instituciones.

c) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.

Esta ley fué promulgada el 24 de diciembre de 1924 y publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 1925.

Dicha ley que fué la primera en introducir el fideicomiso, denomina Bancos de Fideicomisos a los que sirven a los intereses del público en varias formas y, principalmente, administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios,

al ser emitidos éstos, durante el tiempo de su vigencia.

La ley disponía que las instituciones que reglamentaba, tenían en común la función de facilitar el uso de crédito, distinguiéndose entre sí por la naturaleza de los títulos especiales que ponen en circulación o por la naturaleza de los servicios que prestan al público. (art. 5). Entre las instituciones objeto de la ley, quedaban comprendidos los bancos de fideicomisos (art. 6 ---- frac. VII), a los que sometían a un régimen de concesión estatal (art. 7); debían contar con un capital mínimo de \$1'000,000.00 en el Distrito Federal y \$500,000.00 en los Estados y Territorios --- (art. 12 frac. II, inc. E); las concesiones tenían una duración máxima de 30 años a partir de la fecha de la ley y su carácter era el de meras autorizaciones para establecer y explotar instituciones de crédito (art. 15). Las funciones de los bancos de fideicomiso hacíanse consistir reproduciendo lo indicado en el informe, en que servían a los intereses del público en varias formas y, principalmente, administrando los capitales que se les confiaban e interviniendo con la representación de los suscriptores o tenedores de bonos Hipotecarios, al ser emitidos éstos durante el tiempo de su vigencia. (art. 73). La ley enunciaba que los bancos de fideicomiso se regirían por la ley especial que había de expedirse. (32)

(32) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 104.

d) PROYECTO VERA ESTAÑOL

En el año de 1926, el Lic. Jorge Vera Estañol preparó un nuevo proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, y lo presentó a la Secretaría de Hacienda, en el mes de marzo del citado año.

Disponía este proyecto de ley que los actos, operaciones o contratos de la sociedad que podía ser autorizada para celebrar como fideicomisaria, consistirían en adquirir, enajenar, gravar, - poseer, explotar, administrar o intervenir los bienes objeto del - fideicomiso (art. 12).

Se lee en los autores que entre los fines para los cuales podría crearse un fideicomiso, se enumeraban la venta, adjudica---ción, enajenación o gravamen de los bienes materia del fideicomi---so; el pago o distribución del producto obtenido mediante de cual---quiera de dichos actos; la administración, explotación o aprovecha---miento de bienes y la entrega o aplicación de una parte o de la totalidad de sus frutos o producto; la entrega de una renta o pen---sión fija o variable; la acumulación de rentas o productos de bie---nes de cualquier especie, en general, la ejecución de cualquier --prestación lícita de hecho o de cosa, en favor de cualquier perso---na. (art. 14).

La designación de beneficiario de un fideicomiso podría hacerse nominativamente o de cualquier otra manera que no hiciera dudosa su identificación. Si el fideicomiso se constituía de última voluntad o de acto entre vivos que debiera producir efectos después de la muerte del otorgante, no podía comprender como beneficiarios sino a las personas existentes al tiempo de la creación y a sus inmediatos descendientes, y si el beneficiario no era persona física, la duración del fideicomiso no podía exceder de treinta años, salvo lo que estableciera la legislación civil y la especial relativa a instituciones de beneficencia. Cuando el fideicomiso fuera creado por mandamiento judicial o por contrato o por acto entre vivos, duraría por todo el tiempo en que legalmente debieran subsistir los derechos o las obligaciones para cuya ejecución, cumplimiento o garantía, se hubiera creado. (art. 11). (33)

e) LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISOS DE 1926.

Esta ley fue promulgada el 30 de junio de 1926 y publicada en el Diario Oficial el 17 de julio del mismo año.

La ley contenía 86 artículos que estaban divididos en cinco capítulos; objeto y constitución de bancos de fideicomiso, ope-

(33) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 104 y s.

raciones de fideicomisos, departamento de ahorros, operaciones bancarias de depósito y de descuento y disposiciones generales.

Sus puntos mas sobresalientes son los siguientes:

El objeto propio de estas instituciones eran las operaciones por cuenta ajena y en forma de tercero, autorizadas por la ley, cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fe. Por su establecimiento, se requería el otorgamiento de una concesión, con la exigencia de ser constituida como sociedad anónima (art. 2°). - Sus órganos de administración y vigilancia y la forma de estructurarse se regulaba en los artículos 3° y 4°.

El art. 5° prohibía a los bancos o compañías establecidas en país extranjero, tener en la República agencias o sucursales cuyo objeto fuera practicar operaciones de fideicomiso.

El art. 6° 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 del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario.

Las causas de su extinción se encontraban en el art. 18, y entre ellas destacaban el cumplimiento del objeto o su imposibilidad de cumplimiento; incumplimiento de la condición suspensiva de que dependía, dentro de los 20 años siguientes a su constitución, o cumplimiento de la condición resolutoria o por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.

El art. 22 establecía las operaciones que podrían encargarse a los bancos del fideicomiso, complementadas con las del art. 23 para bancos de fideicomiso con operaciones por cuenta ajena.

Las demás operaciones de la ley precisaban los requisitos necesarios para la organización y funcionamiento de este tipo de bancos, así como las operaciones que estaban autorizadas a realizar. (34)

f) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS de 1926.

La ley de bancos de fideicomisos fué agregada por esta --

(34) LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO. Ob. Cit. p. 33 y s.

ley de fecha de 31 de agosto, publicada en el Diario Oficial el 29 de noviembre del mismo año, que se limitó a incorporar, como parte de su texto, el artículo íntegro de aquella. Los primeros fideicomisos en México (al menos los de garantía) fueron celebrados bajo la vigencia de esta ley. (35)

Dentro de las disposiciones consideradas importantes para nuestro estudio, mencionaremos las siguientes:

El art. 3º. reiteró la prohibición de las Instituciones de crédito extranjeras de llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México. El art. 5º con la necesidad de otorgamiento de concesión por parte del Ejecutivo de la Unión, para su establecimiento. Se exigía su constitución como sociedad anónima con un número no menor de 15 fundadores y con un capital mínimo de \$500,000.00 en el Distrito Federal y \$250,000.00 en los Estados y Territorios; se aumentaba el capital exigido en \$250,000.00 para el Distrito Federal o \$125,000.00 para los Estados y Territorios para cada uno de sus departamentos de ahorro o bancarios si los hubiera. (art. 11 - frac. I y II inc. E y 98).

De acuerdo con el art. 14, la duración de las concesiones

(35) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 113.

en ningún caso excedería de 30 años, contados desde el 24 de diciembre de 1924.

Ahora bien, los artículos 97 a 101 normaban el objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, mientras que los artículos 102 al 150, donde se definía la institución en los mismos términos que en el art. 6º de la ley, trataban ya respecto de su organización y funcionamiento, el tipo de operaciones que podían llevar a cabo y las causas de extinción. (36).

g) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.

Casi seis años después, en el Diario Oficial del 29 de junio, aparece publicada esta ley, fechada el día anterior. Esta ley estaba destinada, probablemente, a un gran desarrollo, pero que -- por desgracia no precisaba el carácter sustantivo de la institución y dejaba, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno a ella.

La nueva ley sólo autorizaba la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución, especialmente, su-

(36) LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO. Ob. Cit. p. 35.

jetos a la vigilancia del Estado y mantenía todas las prohibiciones conducentes para impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso diera lugar a substituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal.

Esta ley definía a las Instituciones de Crédito como las sociedades mexicanas que tenían por objeto exclusivo las prácticas de operaciones activas de crédito y la celebración de ciertas operaciones, entre las cuales se contaba la de actuar como fiduciarias (art. 1º. frac. II, inc. e); conservó el requisito de la concesión del Gobierno Federal y exigía a las fiduciarias un capital mínimo de \$200,000.00 o \$100,000.00 según se estableciera en la capital de la República o en otras ciudades del país (art. 3º. párrafo 10 y 17); reproducía la prohibición de que las sucursales de Bancos o de instituciones de Crédito del extranjero actuaran como fiduciarias (art. 5).

Prescribía la ley que el desempeño del cargo y el ejercicio de las facultades de las Instituciones Fiduciarias se realizara por uno o más funcionarios designados al efecto, cuyo nombramiento podría, en todo tiempo, vetar a la Comisión Nacional Bancaria, así como solicitar su remoción (art. 92); establecía que la contabilidad de las Instituciones, los bienes valores y derechos dados en fideicomiso, lo mismo que sus productos, se harían cons--

tar en cuentas especiales sin que en ningún caso estuvieran afectados de otras responsabilidades o al ejercicio de otras acciones -- que las derivadas del fideicomiso mismo o de las que, conforme a la ley, correspondería a terceros. (art. 93); fijaban las normas -- que seguirían por las instituciones de contratos condicionales --- (art. 94); enumeraban las causas para admitir la renuncia de las -- instituciones al desempeño del cargo de un fideicomiso y les imponían responsabilidades civiles y penales en caso de incumplimiento, concediendo el ejercicio de las acciones correspondientes al -- beneficiario o a sus representantes legales y a falta de esto, al Ministerio Público, así como al fideicomitente, si se hubiere reservado ese derecho al constituirse el fideicomiso (art. 95 y 96). (37).

h) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.

Antes de cumplir un mes de promulgada la ley General de -- Instituciones de Crédito se publicó en el Diario Oficial del 27 de agosto, fechada el día anterior, la L.G.T.O.C. vigente en la actualidad, cuyo título II, capítulo V artículos 346 al 359, regula al fideicomiso como institución substantiva. (38)

(37) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 114 y s.

(38) EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA L.G.T.O.C.

Esta ley, se ha dicho que, corrigiendo los errores o lagunas mas evidentes de la ley de 1926, conservaba en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, además circunscribía a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establecía las reglas indispensables para evitar los riesgos que la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales del fideicomiso implícito en países de organización jurídica diversa de la nuestra pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor constituidas. (39)

i) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

Esta ley fechada el 3 de mayo y publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo de 1941, abrogó a la ley General de Instituciones de Crédito de 1932, y la reglamentación que contiene de las operaciones fiduciarias, junto con la del fideicomiso en la L.G.T.O.C.

El capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias ape-

(39) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 117

nas si sufre modificaciones, como no sea añadir a la enumeración - de sus cometidos algunos que puedan resultar propios de estas instituciones y ciertas normas por las cuales deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio de un fideicomiso, mandato o comisión, cuando de la naturaleza de éstos o de las instituciones recibidas no resulten indicaciones suficientemente precisas. Añade que, sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitan identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que no sea posible o cuando no se haya denunciado a ellas expresamente y con el propósito de - hacer mas real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones. (40)

j) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE LA BANCA Y CREDITO --
DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1982.

Esta ley fué publicada en el Diario Oficial del 31 de diciembre de 1982.

El primer artículo de la presente ley dice que es de or--

(40) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 117 y s.

den público y tiene por objeto reglamentar el servicio público de banca y crédito que en los términos del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe prestar el Estado.

Un cambio trascendental en la ley es que el servicio público de la banca y crédito será prestado por instituciones de crédito constituidas como sociedades nacionales de crédito, en los términos de la presente ley, y por las constituidas por el Estado como instituciones nacionales de crédito conforme a las leyes (art. 2).

A las sociedades nacionales de crédito les será aplicable, en lo conducente y en cuanto no se opongan a la presente ley, las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares contenidas en los títulos primero, segundo, capítulo VI y VII así como aquellas aplicables a las entidades de la administración pública federal que tengan carácter de instituciones nacionales de crédito. (art. 3°).

Esta ley no hace mención alguna al respecto del fideicomiso, por lo tanto durante su vigencia estuvo éste regulado por la L.G.I.C.O.A.

k) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DEL -
14 DE ENERO DE 1985.

El art. 2º de la presente ley dice que el servicio público de la banca y crédito será prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, que serán instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo.

Dentro de la comparación de leyes hecha entre la ----- L.G.I.C.O.A y la nueva ley reglamentaria del servicio público de la banca y crédito, al respecto de nuestro tema de fideicomiso, no encontramos grandes cambios.

Podemos comentar que el art. 24 de la presente ley dice - que el cargo de delegado fiduciario será desempeñado por el director general, al mismo tiempo.

El art. 30 frac. XV concuerda de alguna manera con la --- frac. XIII del art. 46 bis de la L.G.I.C.O.A., con la circunstancia de que esta fracción remitía al cap. VI de la propia ----- L.G.I.C.O.A., ahora la nueva ley nos remite a la L.G.T.O.C. en las operaciones de fideicomiso.

La fracción XX del art. 30 corresponde al inciso f del -- art. 44 de la L.G.I.C.O.A., pero en la nueva ley se suprime la posibilidad de que los fiduciarios realicen los cargos de ejecutor - especial, interventor, depositario judicial, representante de ---- ausentes o ignorados, tutor o curador y patrono de instituciones - de beneficencia. Parece ser que esta supresión es debido a la casi nula actividad que tuvieron los fiduciarios en este aspecto; sin - embargo la exposición de motivos no dice nada sobre el particular.

CAPITULO SEGUNDO

EL FIDEICOMISO EN GENERAL

1.- DEFINICION.

El art. 346 de la L.G.T.O.C., señala que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado el criterio sobre fideicomiso diciendo que es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina, uno o varios bienes, a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario: encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria, recibiendo de ésta la titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del mismo fideicomiso, por las partes o los terceros; y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para él se deriven del propio fideicomiso. De otro lado, la institución bancaria adquiere los derechos y acciones que requiera para el cumplimiento del fin, la obligación de sólo dedicarle al objeto que establezca al respecto debiendo devolver los que se encuentren en su poder al extinguirse el fideicomiso salvo pacto vá-

lido en sentido diverso. (41)

2.- NATURALEZA JURIDICA.

Teoría Contractualista.

Esta teoría considera al fideicomiso como un contrato, to da vez que el fideicomiso se perfecciona en el momento que existe la concurrencia de voluntades, o sea, la manifestación de voluntad del fideicomitente de crear el fideicomiso, y del fiduciario de -- aceptar el fideicomiso. Quien sostiene este punto de vista se en-- encuentran entre otros Rodolfo Batiza y Manuel Lizardi Albarrán.

Batiza concibe al fideicomiso, como un contrato bilateral sinalagmático perfecto, argumenta que el art. 352 de la ----- L.G.T.O.C., es copia del art. 18 del Proyecto Alfaro, cuyo autor - considera al fideicomiso como un contrato basándose en la existen- cia de derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, cir--- cunstancia que es característica de los contratos. (42)

(41) Amparo Directo 45/71. Crédito algodonero de México, S. A., 16 de marzo de 1977. p. 176. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (1917 - 1975.). Cuarta parte.

(42) BATIZA, Ob. Cit. p. 136; VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contra-- tos Mercantiles. Editorial Porrúa, S.A. México 1985. p.421 y sigs.

Sigue diciendo este autor, "Siendo la exteriorización del consentimiento, elemento esencial en el perfeccionamiento del contrato, resulta plenamente justificada la aseveración de que en México el fideicomiso creado por un acto entre vivos, ha quedado reducido a un contrato y a falta de aceptación del cargo, resulta imposible la substitución, por lo tanto se debe hablar de inexistencia". (43)

Manuel Lizardi Albarrán, acepta esta teoría y dice: "La exposición de motivos de la L.G.T.O.C., habla con toda claridad de la intención del legislador de excluir los fideicomisos implícitos y la misma ley, al limitar en su art. 350 de la L.G.T.O.C., la función del fiduciario a una institución expresamente autorizada, reduce al fideicomiso a una operación exclusivamente contractual. No puede aducirse en contra que el art. 347 de la L.G.T.O.C. y el segundo párrafo del art. 350 del mismo ordenamiento, reconoce validez al fideicomiso que se constituya sin designar fideicomisario e institución fiduciaria, pues el mismo art. 350 de la citada ley en su parte in fine, dice que si no fuere posible la substitución la institución fiduciaria, por falta de aceptación, renuncia o remoción, el fideicomiso cesará".

(43) BATIZA, Rodolfo. Tres estudios sobre el fideicomiso. Imprenta Universitaria, México 1954. p. 72.

Este art. dice Lizardi A., "de haber sido redactado con mayor claridad debió expresar que la falta de aceptación, daría lugar a la inexistencia del fideicomiso y la renuncia o remoción a la resolución. Aun en el caso del fideicomiso constituido por testamento, es indispensable una concurrencia de voluntades entre el testador y la institución fiduciaria, pues de lo contrario no es posible su existencia. Fijando así el requisito de la concurrencia de voluntades basta sólo considerar los efectos del fideicomiso de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, para precisar su carácter contractual". (44)

CRITICA Y OPINION PERSONAL.

Al fideicomiso no se le debe de considerar como un contrato, pues contrato es el acuerdo de dos o mas voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, en el fideicomiso no se produce ese acuerdo de voluntades, por lo que hace al nacimiento del mismo, o sea, a su existencia jurídica.

Así mismo, se puede deducir de los artículos 350 de la --

(44) LIZARDI ALBARRAN, Manuel. Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso. Tesis Profesional. UNAM. Facultad de Derecho. México 1945, p. 130.

L.G.T.O.C., que se refieren a la constitución del mismo y el art. 352 del mismo ordenamiento, al fideicomiso creado por acto entre vivos o por testamento, estos artículos no mencionan que el fideicomiso sea un contrato, por lo tanto, considero que no hubiera escapado al espíritu de nuestro legislador, el tipificar la institución del fideicomiso de la tradicional figura contractual. Así vemos que la L.G.T.O.C., habla de acto constitutivo del fideicomiso y no de contrato.

TEORIA DEL FIDEICOMISO COMO CONTRATO CON ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO.

Se ha sostenido la idea que el fideicomiso se constituya en un contrato con estipulación a favor de tercero, pero sólo en aquellos casos en que intervienen tres personas en él, o sea que las cualidades de fideicomitente y fideicomisario, no se reúnen en una sola persona.

La forma de celebrarse este tipo de contrato consiste --- cuando un contratante estipula de otro que éste ejecutará determinada prestación en favor de un tercero. (45)

(45) BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones. -- Editorial Porrúa, S.A. México 1982. p. 308.

Esta idea la expone entre otros Jorge Barrera Graf, quien expresa: "Todo lo anterior nos lleva a rechazar la teoría del negocio plurilateral y afirmar que en la hipótesis que examinamos de - todo fideicomiso intervivos, existe una relación contractual entre aquél y la institución fiduciaria, en cuya realización se hace la estipulación a favor del fideicomisario. En dicha figura jurídica, el fideicomitente es el estipulante y el fiduciario será el promi- nente y el fideicomisario, tercer beneficiario. (46)

CRITICA Y OPINION PERSONAL

Al fideicomiso no se le puede considerar como un contrato con estipulación a favor de tercero, porque ésta depende necesaria- mente de un contrato, además vemos que en el fideicomiso la revoca- ción por parte del fideicomitente no está condicionada a la acepta- ción del fideicomisario, en tanto que en la estipulación a favor - de tercero la revocación sólo puede hacerse antes de que haya mani- festado la aceptación el tercero.

(46) BARRERA GRAF, Jorge. Elementos de Derecho Mercantil. Editorial Parrúa, S. A. México 1967. p. 360.

TEORIA DEL MANDATO.

Esta teoría fué expuesta en latinoamérica por el jurista panameño Dr. Ricardo J. Alfaro, diciendo que el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que se las entrega llamado fideicomitente, - en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. (47)

Los fundamentos que dió este autor para la elaboración de su teoría, parten de ciertos aspectos de similitud que existen entre el mandato y el fideicomiso, señalando que el fiduciario es el que ejercita un cargo o comisión que le ha sido dado por otra persona en beneficio de un tercero.

CRITICA Y OPINION PERSONAL.

Aunque evidentemente entre el mandato y el fideicomiso se encuentran algunas semejanzas, existen características propias y -

(47) ALFARO, Ricardo J. Dr. Adaptación del trust del Derecho anglosajón al Derecho Civil. En curso monográfico de la academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional Cuba, La Habana --- 1948. p. 25; VASQUEZ DEL MERCADO. Ob. Cit. p. 424.

diferentes que las hacen distintas entre sí, como son las siguientes:

En el mandato no hay transmisión de bienes, el mandatario carece de título sobre los bienes del mandante, en tanto que en el fideicomiso hay transmisión de bienes, el fiduciario tiene la titularidad de los bienes fideicometidos.

El mandatario actúa para el mandante en su representación y sujeto a sus instrucciones sin derecho alguno sobre las cosas -- que son objeto de sus actos. En el caso del fideicomiso, el fiduciario ejercita sus derechos a nombre propio y por su cuenta.

El mandato se extingue por la voluntad de las partes o -- por la muerte de cualquiera de ellos. En tanto que el fideicomiso no se puede extinguir por la voluntad de la fiduciaria o del fideicomisario, ni por la muerte de cualquiera de las partes, al menos que se haya señalado en el acto constitutivo.

TEORIA DE LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD.

Se funda esta teoría en que el fideicomiso nace por virtud de un acto constitutivo por parte del fideicomitente. En cuanto a la intervención de las otras voluntades o sea la aceptación -

del fiduciario y del fideicomisario, la primera la considero como un contrato accesorio en donde la institución fiduciaria manifiesta su voluntad de contratar con el fideicomitente (ya constituido el fideicomiso), y la voluntad del fideicomisario no es estrictamente necesaria plasmarla en el fideicomiso pues el art. 347 de la L.G.T.O.C., dice que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario siempre que su fin sea lícito y determinado. Puede suceder que un fideicomitente constituya un fideicomiso con el fin de crear casas para los trabajadores de una empresa, en el momento de la creación de éste, no sabemos quienes puedan ser los fideicomisarios o beneficiarios y por lo tanto caemos en el caso del art. arriba mencionado.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez establece: "naturalmente el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en el acto inter vivos, o en su testamento. En este caso su declaración es obligatoria, inmediatamente para él, puesto que no puede revocar el fideicomiso, si expresamente no se reservó esa facultad (art. 357 frac. VI, L.G.T.O.C.), no puede modificarlo, si no es con el consentimiento del fideicomisario (art. 61, párrafo 3º de la L.R.S.P.B.C.) y produce efectos frente a terceros por su publicación (art. 353 de la L.G.T.O.C.), todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario, que por lo mismo no son manifestaciones de vo-

luntad esenciales para integrar el negocio jurídico. La adhesión - del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo, son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica". (48)

Roberto Molina Pasquel, es otro autor que acepta la teoría de la declaración unilateral de voluntad, quien refutando --- la teoría contractualista del fideicomiso, dice: "Contra esta opinión creemos que no es forzosamente un acto consensual el fideicomiso y puede ser, y de hecho es constituido por una declaración -- unilateral de voluntad del fideicomitente". (49)

También Raúl Cervantes Ahumada, sustenta tal teoría cuando nos dice: "El acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad. Puede ser que el fideicomiso - se contenga dentro de un contrato; pero no será del acuerdo de --- voluntades lo que constituya al fideicomiso sino que éste se cons-

(48) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S. A. México 1970. p. 120.

(49) MOLINA PASQUEL, Roberto. Los Derechos del Fideicomisario Editorial Jus, S. A. México 1946. p. 139.

tuirá por la voluntad del fideicomitente". (50)

OPINION PERSONAL.

Acepto que el fideicomiso nace de una declaración unilateral de voluntad por las siguientes razones.

En primer lugar el fideicomiso es un acto jurídico, -----
Bonnetcase lo define como una manifestación de voluntad, producto -
de una regla de derecho o una institución jurídica a cargo o en --
provecho de una o varias personas, una situación jurídica permanen
te y general o, por el contrario, un efecto de derecho limitado, -
relativo a la formación, modificación o extinción de una relación
jurídica. (51)

En segundo lugar para la existencia del fideicomiso, no -
es necesario la intervención del fiduciario. En caso de que al ---
constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institu-
ción fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomi

(50) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, --
Editorial Herrera, S. A. México 1961. p. 307.

(51) GARCIA MAYNES, Eduardo. Autor citado por él. Introducción al
Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S. A., México 1959. p, 184.

sario o, en su defecto, el Juéz de primera instancia del lugar de los bienes fideicometidos (art. 350, segundo párrafo L.G.T.O.C.)

La ley expresa que salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso. (art. 350, tercer párrafo, última parte, -- L.G.T.O.C.)

De lo anterior asentado, se desprende que el fideicomiso existe antes de que sea aceptado por el fiduciario.

Además se confirma la idea de que el fideicomiso surge de una declaración unilateral de voluntad, si se observa que de acuerdo con la ley para la realización del acto constitutivo, únicamente se obliga al fideicomitente, ya que desde ese momento su declaración es obligatoria para él, no puede revocarla si no se reservó expresamente esta facultad (art. 357, frac. VI, L.G.T.O.C.)

Por lo que toca al fideicomisario, la concurrencia de su voluntad en la constitución del fideicomiso, no es necesaria, se puede constituir sin él. La ley autoriza el fideicomiso a favor de incapacitados y de no nacidos (art. 359, frac. II, L.G.T.O.C. y

art. 22 del C.C.)

En relación con el testamento, éste no es un contrato, toda vez que nace de una declaración unilateral de voluntad del testador, tomando en cuenta que el testador es el supremo legislador de su patrimonio, sin más limitación que las establecidas en la ley.

Estas son las consideraciones que me han llevado a pensar que la teoría adecuada para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, es la declaración unilateral de voluntad.

3.- FINES DEL FIDEICOMISO.

El fin del fideicomiso es el que realiza el fiduciario, - debe ser lícito, ésto es, que no sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. La definición del art. 346 de la L.G.T.O.C., resulta omisa en cuanto debió establecer, como lo dice el C.C. respecto del objeto del contrato, que el fin además de lícito debe ser posible. Es imposible, dice el art. 1828 -- del C.C., el hecho que no pueda existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su -

realización. (52)

ELEMENTOS PERSONALES

4.- FIDEICOMITENTE.

El art. 349 de la L.G.T.O.C., define al fideicomitente de la siguiente manera: sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de -

(52) LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO. Ob. Cit. p. 259. Villagordoa considera que los fines que se persiguen con el negocio fiduciario son de garantía, mandato o administración, aun cuando, por la naturaleza misma de dichos negocios, se pueda perseguir y alcanzar cualquier fin, siempre y cuando sea lícito y no se encuentre prohibido expresamente por la ley. p. 60. - Batiza por su parte dice que el fideicomiso es, pues una función, una labor que puede durar un tiempo dado. Es evidente que todo fideicomiso que consiste en hechos que deben ejecutarse queda extinguido tan pronto como se ha alcanzado cada objeto Ob. Cit. p. 377.

bienes a cuya guarda, conservación, administración, liquidación, - reparto o enajenación corresponda a dicha autoridad o a las personas que éstas designen.

Considero que el fideicomitente puede ser una o varias -- personas físicas, una o varias personas morales, una o varias personas físicas y morales o una institución de derecho público o privado.

El sólo requisito para ser fideicomitente es el de tener capacidad jurídica al momento de constituir al fideicomiso. La personalidad se acreditará en los términos de derecho Civil o del derecho público tratándose del Estado o de instituciones de esa naturaleza. (53)

El fideicomitente tiene el derecho de señalar los fines -

(53) BATIZA, R. Ob. Cit. p. 301 dice que es la persona que constituye un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad. --- ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo, México 1980, Editorial Porrúa, S. A. p. 252 dice que es la persona titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y disponer de los bienes.

del fideicomiso, designar al fideicomisario, designar a la institución que desempeñe el cargo de fiduciaria (en su defecto lo hará - el fideicomisario), y preverá un comité técnico o de distribución de fondos. Estas designaciones se hacen en el acto constitutivo -- del fideicomiso señalando los derechos y las obligaciones que les corresponda.

El fideicomitente puede llegar a reservarse ciertos derechos como pueden ser: el de exigir el cumplimiento de las obligaciones encomendadas al fiduciario como el de rendir cuentas de su administración, tiene el derecho de supervisar el fideicomiso, --- otro sería el de revocar el fideicomiso, en fin, puede reservarse todos los derechos que quiera, siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos legales mínimos del fiduciario y del fideicomisario o con la estructura misma del fideicomiso.

Al respecto de las obligaciones la mas importante de ---- ellas es el pagar los honorarios al fiduciario, tomando en consideración que esta obligación puede corresponderle al fideicomisario o a sus causahabientes. Se debe de especificar en el acto constitutivo quien irá a desempeñar esta obligación.

Tiene la obligación del saneamiento para el caso de evicción, en los casos de fideicomisos que sean de transmitir bienes -

inmuebles. Igualmente tiene la obligación de ayudar al cumplimiento del fin del fideicomiso y así mismo de cumplir con las obligaciones que se hubieren estipulado en el acto constitutivo.

5.- INSTITUCION FIDUCIARIA.

El art. 350 de la L.G.T.O.C., nos dice que sólo pueden -- ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para -- ello conforme a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

La institución fiduciaria es designada por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso, pero si no lo hubiere hecho la designará el fideicomisario, en su defecto el juez de primera instancia del lugar de la ubicación de los bienes. (54)

(54) DE PINA, Rafaél. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, -- S. A. México 1976. 5a. edición. p. 220. Es la persona encargada -- por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso. Por su -- parte Cervantes Ahumada, R. dice que la persona a quien se enco--- mienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideico metidos p. 292.

El fideicomitente podrá designar una o varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñe el fideicomiso estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

El fiduciario en la aceptación del fideicomiso adquiere todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fin señalado, así como para la defensa del patrimonio fideicometido, cuya titularidad adquiere, con excepción de las normas o limitaciones que se establecen al constituirse. Tiene el derecho de arrendar o enajenar los bienes dados en fideicomiso para su mejor provecho y administración. Tiene el derecho de pedir una remuneración por sus servicios, y en caso de que no se hiciera esta remuneración tendrá el derecho de retener los bienes fideicometidos, hasta que cubran sus honorarios

Así mismo, tendrá todas las facultades y derechos que le marque la ley y las que señale el fideicomitente como adicionales.

La obligación fundamental de la fiduciaria es el de cumplir fielmente con lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso, para lograr el fin determinado por el fideicomitente.

Como lo mencionamos en párrafos anteriores, tiene el dere

cho y la obligación de administrar los bienes fideicometidos y a su vez la obligación de rendir cuentas de su administración ya al fideicomitente, al fideicomisario, al Ministerio Público o a la personas que señale en el acto constitutivo.

De los beneficios o cualquier inversión, adquisición o sustitución de bienes que surgen de su administración tiene la fiduciaria la obligación de dar aviso de estos cambios a los beneficiarios. A su vez tiene la obligación de dar toda clase de informes a la Comisión Nacional Bancaria del uso y destino de los bienes dados en fideicomiso.

Una de las más importantes obligaciones del fiduciario es la de guardar el secreto fiduciario.

En los casos de extinción del fideicomiso, la institución fiduciaria está obligada a devolver al fideicomitente o a sus herederos según el caso, la titularidad de los bienes materia del fideicomiso. Así mismo también de obrar como un buen padre de familia, siendo responsable de riesgos que los bienes puedan sufrir.

6.- COMITE TECNICO.

De acuerdo con lo estipulado en el art. 61, párrafo III -

de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito; en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades, cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité estará libre de toda responsabilidad.

El Dr. Acosta Romero considera al comité técnico como un cuerpo colegiado designado en el acto constitutivo de un fideicomiso, por el fideicomitente, en el cual existen representantes del fideicomitente, del fiduciario y, en su caso, del fideicomisario. Sus facultades se fijan en el propio acto constitutivo y, en la práctica es un órgano auxiliar de administración del fideicomiso, y su duración puede ser temporal o por toda la vigencia del fideicomiso. (55)

Por su parte Batiza nos dice "aunque estrictamente, no es parte en la relación fiduciaria, sino mas bien un órgano del fideicomiso, el comité técnico o de distribución de fondos, previsto en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito -- en su art. 61, párrafo III, viene en realidad a desempeñar la función del fideicomitente, y actúa, en esa forma como fideicomitente

(55) ACOSTA R., M. Ob. Cit. p. 281

delegado". (56)

En la doctrina se han expresado opiniones de que en cierto sentido, el comité técnico actúa en la realidad como un consejo de administración de una sociedad anónima.

El uso bancario en general, en nuestro país, se ha orientado en el sentido de no constituir fideicomisos con comités técnicos a diestra y siniestra, es decir, en cada fideicomiso no existe un comité técnico sino sólo en aquellos cuyo manejo lo haga necesario y cuyo patrimonio fiduciario sea de tal manera importante que el fideicomitente considere conveniente establecer este comité técnico; sin embargo volvemos a la cuestión de que para los fideicomisos privados es una práctica en nuestro país, su establecimiento e insistimos, se trata de una figura difícil de estudiar, por ser poco accesibles las fuentes de información. (57)

El comité técnico es un órgano discrecional, optativo y -

(56) BATIZA, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Editorial Porrúa, S.A. México 1977. --- p. 44.

(57) Las Instituciones Fideicomisarias y el Fideicomiso en México. Ob. Cit. p. 484.

colegiado, las disposiciones legales no señalan el número de sus integrantes (ni mínimo, ni máximo).

La constitución de un comité técnico de un fideicomiso -- privado se hace de acuerdo con lo que convienen las partes en el acto constitutivo y, como ya se dijo, la única norma expresa que los regula es el art. 61, párrafo III de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de la Banca y Crédito, que por su redacción tan genérica, prácticamente sólo sirve como base para su establecimiento, pero no para fijar sus facultades y su funcionamiento.

En los fideicomisos del Gobierno Federal invariablemente habrá un representante de la dependencia que sea coordinador del sector en el que esté agrupado el fideicomiso, uno de la S.H.C.P., y aun con voz pero sin voto del fideuciario. (58)

(58) Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. p. 484. Sólo en fideicomisos públicos o ciertos fideicomisos en que una persona hace un legado cultural al país, existen C.T. que se encargan de vigilar el cumplimiento del fin del fideicomiso y la distribución de los fondos del patrimonio fiduciario, fuera de estos casos, un gran porcentaje de fideicomisos privados carecen de comité técnico.

Además se comenta que éste no tiene ninguna jerarquía, -- dentro de la institución fiduciaria, ni ésta le está subordinada -- y, en consecuencia, en ciertos casos el fiduciario puede negarse a cumplir las decisiones del comité técnico, si estas implican incumplimiento de leyes, exceso del uso de las facultades del propio comité técnico o violación del pacto fiduciario, situación que, incluso está reconocida en el decreto publicado en el D.O. de 27 de febrero de 1979 (art. 9º, segundo párrafo), que ordena a los fiduciarios que, en esos supuestos, se abstengan de acatar las resoluciones del comité técnico. (59)

No existe norma expresa que establezca responsabilidad al comité técnico por los acuerdos que tome o decisiones que adopte, en este caso, estimamos que existe una laguna que además se agrava por el hecho de que no hay precedentes jurisprudenciales. (60)

(59) Los miembros que integran el comité técnico son designados -- respectivamente, por el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario respectivamente. Se ha dicho que el comité técnico es un -- órgano asesor en la distribución de fondos, que toma decisiones -- que constituye actos de administración y aun en algunos casos, de dominio y de disposición de bienes. ACOSTA R., M. Ob. Cit. p. 283.

(60) ACOSTA. M. Ob. Cit. p. 284.

7.- FIDEICOMISARIO.

El art. 348 de la L.G.T.O.C., nos dice: Pueden ser fideicomisarias las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Considero que el fideicomisario, es generalmente la persona o personas a favor de quien se constituye el fideicomiso, éstos es, él o los beneficiarios del mismo. (61)

No obstante, la ley prevé el caso de fideicomisos sin fideicomisarios, aceptando su validez.

El fideicomisario tiene derecho para exigir a la institución fiduciaria que cumpla fielmente como buen padre de familia, - en los términos estipulados por el fideicomitente. Consecuentemente, puede atacar la validez de los actos del fiduciario que le perjudiquen, si se cometen de mala fe o excediéndose de las facultades.

(61) DE PINA, R. es la persona física o moral que recibe el beneficio derivado de un fideicomiso. p. 219. Muñoz, L. Ob.Cit. p.419 el fideicomisario tiene los derechos que se le concedan en el negocio jurídico constitutivo del fideicomiso.

des que se otorgaron en el acto constitutivo, o que fija la ley y, en su caso, el derecho de reibindicar los bienes que hayan salido del patrimonio fideicometido por virtud de aquellos actos. (art. - 355 de la L.G.T.O.C.)

El fideicomitente gozará de los derechos otorgados en el acto constitutivo del fideicomiso como es el de recibir los rendimientos o los remanentes que queden a la extinción del fideicomiso, salvo pacto en contrario, de modificar el fideicomiso, si es - irrevocable por parte del fideicomitente, de transferir sus derechos de fideicomisario sólo si se trata de transmisiones hereditarias, en los casos en que no se designó al fiduciario podrá designar éste.

Al respecto de las obligaciones del fideicomisario serán las que se le hubieren impuesto en la constitución del fideicomiso, como por ejemplo la de hacer pago de los honorarios del fiduciario (ver hoja 55), la de reembolsar los gastos que el fiduciario hubiere realizado con motivo de la ejecución del fideicomiso - etc. (62)

(62) Art. 355 de la L.G.T.O.C.

8.- DIVERSAS CLASES DE FIDEICOMISOS

El fideicomiso puede tener diversidad de clases con base a los fines que pretenda el fideicomitente. En la práctica se pueden encuadrar a la siguiente clasificación:

Fideicomiso Traslativo.

Fideicomiso de Garantía.

Fideicomiso de Administración.

El fideicomiso Traslativo; son aquellos que tienen como fin, que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes y/o derechos fideicometidos al fideicomisario o a las personas que éste haya señalado, una vez que se hayan reunido los requisitos establecidos. (63)

El fideicomiso traslativo viene a suplir algunas deficiencias de la legislación vigente para prever dentro de su propio articulado la solución de muchos problemas que se presentan en la práctica y que no se encuentran soluciones en el derecho tradicional. Tales como la compraventa, la donación o la aportación de un socio a una sociedad.

(63) VILLAGORDOA, J.M. Ob. Cit. p. 189.

El fideicomiso de Garantía; en virtud de este tipo de fideicomisos, se transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos, para asegurar el cumplimiento de una obligación que es a cargo del fideicomitente. (64)

El fideicomiso de garantía consiste en la transmisión de bienes o derechos fideicometidos al fiduciario para que en ellos se garantice el cumplimiento de las obligaciones de muy diversa naturaleza que es a cargo del fideicomitente. Así un préstamo, un crédito, una emisión de obligaciones, un usufructo, la administración de bienes, etc., pueden garantizar mediante la entrega de un fideicomiso. (65)

Este tipo de fideicomiso implica el aseguramiento de obligaciones contraídas porque se constituye con los bienes que quedan garantizados, obligaciones y derechos de las partes que con él intervienen., éste contiene un contrato que es accesoria, ya que va ligado a su negocio principal una vez que se concluya el negocio principal, el fideicomiso concluye y como consecuencia de esto, el fiduciario devuelve al fideicomitente los bienes o derechos fideicometidos, una vez que el acreedor fideicomisario haya otorgado el

(64) VILLAGORDOA, J.M. Ob. Cit. p. 190.

(65) RODRIGUEZ, R. J. Ob. Cit. p. 124.

finiquito correspondiente. (66)

El fideicomiso de Administración; son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o de rechos, para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guardia, conservación, o cobro de los productos de los bienes fideicometidos que le señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario. (67)

Aquí la fiduciaria, si se trata de bienes inmuebles, se encarga de celebrar contratos de arrendamiento, cobro de rentas, - promoción de juicios de desahucio, pago de diversos impuestos que agraven la propiedad raíz, etc., todo ello en interés del fideicomisario. Generalmente en esta clase de fideicomisos, el fideicomisario es el propio fideicomitente. (68)

9.- FORMAS DE EXTINCION.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 357 de la --- L.G.T.O.C., son siete las causas de extinción del fideicomiso.

(66) VILLAGORDOA, J.M. Ob. Cit. p. 190.

(67) VILLAGORDOA, J.M. Ob. Cit. p. 194

(68) Asociación de Banqueros de México.

Conforme a la fracción I: Por la realización del fin para el cual fué constituido. El patrimonio ha sido aplicado debidamente, por la transmisión del mismo, la obligación garantizada ha quedado satisfecha, el capital entregado se ha invertido y entregado a los beneficiarios.

La fracción II; por hacerse imposible el fin. La desaparición sin sucesión de los fideicomisarios, la destrucción del bien fideicometido, la declaración de ilegalidad de los actos realizados por el fiduciario, serían ejemplo de esta causal. (69)

La fracción III; por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado el término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto,

(69) La terminación del fideicomiso trae una serie de consecuencias y una de las principales es la que se encuentra contenida en el art. 358 de la L.G.T.O.C., y que consiste en la desaparición -- del patrimonio y bienes afectos al fideicomiso, salvo disposición expresa en contrario del fideicomitente, volverán a éste o a sus herederos. Por lo tanto la terminación del fideicomiso trae como consecuencia la cancelación de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. (en la sección de fideicomisos) Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. p. 230.

dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución. Condición suspensiva, es el hecho futuro e incierto de cuyo cumplimiento depende el acto jurídico a ella sujeto, Por ejemplo: se constituye un fideicomiso en favor de Luciano para que le sea entregado un capital el día que se case y tenga hijos, al cabo del tiempo transcurren veinte años sin que suceda la condición suspensiva, el fideicomiso se extingue, aunque después se case y tenga hijos. (70)

La fracción IV; declara extinguido el fideicomiso por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto. La condición resolutoria dice el art. 1940 del Código Civil, cuando cumplida resuelve (deja sin efecto) la obligación, volviendo al estado que tenía, como si esa obligación no hubiese existido. En el caso común del fideicomiso de garantía del pago de un adeudo en un plazo; cubierta esta condición el fideicomiso se extingue.

(70) Respecto de la duración del fideicomiso, se pueden establecer términos y condiciones a que se sujeta el fideicomiso. Puede sujetarse a un término o bien a una condición suspensiva, para que el fideicomiso comience a surtir sus efectos o para que se pueda precisar el momento en que nazca éste. VILLAGORDOA, J. M. Ob. Cit. p. 181.

La fracción V no requiere comentario; por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario. Tampoco lo requiere la causa señalada en la fracción VI. Por revocación hecha por el fideicomitente.

Tampoco es causa de extinción la señalada en la fracción VII, que remite al párrafo final del art. 350 del mismo ordenamiento, cuando ninguna institución fiduciaria acepte el cargo cesará el fideicomiso, la verdad es que puede constituirse provisionalmente sin fiduciario.

Extinguido el fideicomiso los bienes que resten en poder del fiduciario revierten al fideicomitente o a sus herederos.

CAPITULO TERCERO

LA SUCESION EN GENERAL

"A"

1.- LA SUCESION TESTAMENTARIA.

La sucesión puede ser legítima o testamentaria. Es legítima cuando las personas que heredan tienen ese derecho de la ley, y es testamentario, cuando les viene de la voluntad del testador, manifestada en un testamento válido. (71)

La sucesión testamentaria, comenta Josserand, "depende del testador redactar para ese fin un testamento en que se consignen sus últimas voluntades y por el cual decida de la suerte de sus bienes para el día en que haya dejado de existir, su voluntad sobrevivirá entonces a sí misma la transmisión del patrimonio se efectuará conforme a las prescripciones testamentarias; se dice en ese caso que hay sucesión testamentaria, quien se beneficia de ello toma el nombre de heredero testamentario; trae en efecto, sus derechos a un testamento y cuando se beneficia de un legado se califica de legatario". (72)

(71) FORNIELES, Salvador. Tratado de las Sucesiones. Editorial --- Ediar, S.A. Editores. Tomo I. Buenos Aires 1950. p. 293.

(72) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo III, Vol. II Liberalidad. Editorial Bosch y Cía. Buenos Aires 1951. p. 6.

Considero que la sucesión testamentaria se presenta cuando el testador manifiesta su última voluntad en un testamento para disponer de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte, designando herederos para que gocen de esos bienes y derechos, y cumplan con las obligaciones señaladas en el testamento.

a) CONCEPTO DE TESTAMENTO.

El Código Civil en su art. 1295, define al testamento como un acto personalísimo revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

De esta definición podemos decir que el testamento es un acto jurídico formal en virtud de que para su validez se requiera de la voluntad del testador para disponer de sus bienes y derechos, puede declarar deberes para después de su muerte, constandingo éste por escrito y excepcionalmente puede manifestarse en forma verbal. El Testador puede revocarlo cuantas veces lo desee.

2.- FORMAS DE TESTAMENTO,

El Código Civil divide a los testamentos en ordinarios y especiales. Los primeros son aquellos a los que debe recurrir el -

a) PUBLICO ABIERTO

Se le dá este nombre porque no es oculto, ni secreto. Se otorga ante Notario Público, quien lo escribe en su Protocolo, como cualquier instrumento o contrato y con la presencia de tres testigos.

El testador expresará en forma clara y terminante su voluntad, ante el Notario y tres testigos; dicho funcionario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y después les dará lectura en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme, y en caso de estarlo firmará, en unión de los testigos y a continuación el Notario autorizará el instrumento.

Como formalidad adicional exige que se diga el lugar, para fijar la competencia territorial del Notario, el año, mes, día y hora del otorgamiento.

(72-1) AGUILAR C., L. Ob. Cit. p. 349. El C.C. dice en su artículo 1511. El testamento público abierto, es el que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos.

testador en condiciones normales, mientras que en los especiales - presuponen situaciones en que no se pueda esperar, cuando sea imposible, o al menos muy difícil otorgar testamentos ordinarios.

Los ordinarios a su vez los divide en público abierto, público cerrado y ológrafo.

Dentro de los especiales señala al privado, Militar y hecho en país extranjero.

b) PUBLICO CERRADO.

Es aquél escrito por el propio testador o por otra persona a su ruego, debe ser presentado ante un notario público para -- que recoja la declaración del testador de que la expresión de su -- última voluntad se encuentre en un pliego que va encerrado en el -- sobre que exhibe, para que haga constar en protocolo. (73)

El testador debe de firmar todas las hojas y al calce del

(73) MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte tercera. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1960. p. 363. El testador presenta el testamento, escrito -- por él o por un tercero, cerrado y sellado ante notario y testigos.

testamento; pero si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá firmar por él otra persona a su ruego.

El papel en que está escrito el testamento o el papel que le sirve de cubierta deberá estar cerrado y sellado, lo exhibirá - al notario en presencia de tres testigos. (74).

c) OLOGRAFO.

Recibe el nombre de ológrafo el testamento escrito de puño y letra del testador y otorgado con sujeción a las formalidades prescritas por el legislador para las disposiciones de última voluntad de esta clase. Los testamentos ológrafos no producirán efectos si no están depositados en el Archivo General de Notarías.

Según Castán; "la característica esencial que diferencia al testamento ológrafo del abierto y del cerrado es la autoconfe--

(74) DE PINA, Rafaél. Elementos de Derecho Civil Mexicano. (Bienes -Sucesiones). Editorial Porrúa, S.A. México 1980, p. 334 y s.

sión por el testador, sin intervención de persona alguna extraña.
(75).

Este testamento sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido, deberá expresar el día, --mes y año en que se otorgue. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Este testamento puede ser objetado porque se presta a la falsedad y al fraude. Habla PLANIOL "de que se hace mas fácil la su gestión y la captación y permite falsificaciones, sobre las cuales los peritos están muy distantes de poder opinar con certeza". (76)

Los testamentos especiales son aquéllos que se hacen to--mando en cuenta determinadas circunstancias y sólo en atención de las mismas, se permite recurrir a esa forma privilegiada, no sien--

(75) DE PINA, R. Ob. Cit. autor citado p. 338. REBORA, Juan Car---tos. Las Sucesiones. Tomo I. Editorial Arayú, Buenos Aires 1956. -p. 276. y s. El testamento lo concibe como una obra personal y ex--clusiva del testador.

(76) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de derecho civil francés. Tomo II, Habana 1946. Editorial Cultural, S. A. ---p. 12

do eficaz en los casos ordinarios.

d) PRIVADO.

Este tipo de testamento sólo puede llegar a hacerse en ca sos de suma urgencia, se caracteriza por ser la fórmula legal de - las disposiciones de última voluntad reconocida para casos verdade ramente urgentes. (77)

Tiene de peculiar este testamento que en su otorgamiento no interviene ningún funcionario público sino sólo testigos. (78). Es considerado muy peligroso por prestarse a fáciles manipulacio-- nes, produciendo que la voluntad del testador no sea en realidad - su verdadera intención. (79)

El art. 1565 del C.C. señala los casos en que se permite hacer este tipo de testamentos; cuando el testador es atacado por una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concu rra notario a hacer testamento; cuando no haya notario en la pobla

(77) DE PINA, R. Ob. Cit. p. 346.

(78) AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. - Editorial Porrúa, S. A. México 1980. p. 356.

(79) DE PINA, R. Ob. Cit. p. 346.

ción o juez que actúe por receptoría; cuando aunque haya notario o juez en la población pero sea imposible por lo menos muy difícil - que concurra al otorgamiento del testamento; cuando los militares o asilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Las personas que tengan necesidad de hacer testamento privado, declarará en presencia de cinco testigos idóneos su última - voluntad, uno de ellos lo redactará por escrito si el testador no pudiese escribir. No será necesario la redacción escrita cuando -- ninguna de los testigos sepa escribir. En caso de suma urgencia -- bastará la presencia de tres testigos idóneos. (80)

Los testigos que concurren deberán declarar conforme al - art. 1574 del C.C. el lugar, la hora, el día, el mes y el año en - que se otorgó el testamento; si reconocieron, vieron y oyeron cla- ramente al testador; si el testador estaba en su cabal juicio y li- bre de cualquier coacción; el motivo por el cual se otorgó el tes- tamento privado; si sabe si el testador falleció o no de la enfer- medad o en el peligro en que se hallaba.

Si los testigos estuvieron conformes con todas las cir---

(80) DE PINA, R. Ob. Cit. p. 347.

cunstancias, el juez declarará que su dicho, son el formal testamento de la persona de quien se trata. (art. 1575 del C.C.)

e) MILITAR.

Puede ser escrito u oral. En forma escrita, el militar deberá entregar ante dos testigos el pliego cerrado, en el caso del oral los testigos declararán que contiene su última voluntad. Un requisito importante es de que deberá estar firmado de su puño y letra. En la forma oral, se empleará cuando no sepa el testador escribir o no pueda hacerlo, bastará que declare su voluntad ante dos testigos. (81)

Este testamento puede ser otorgado por los militares asimilados del ejercito en el momento de entrar en acción de guerra, estando heridos en el campo de batalla y a los prisioneros de guerra.

(81) AGUILAR, L. Ob. Cit. p. 359, lo considera como un testamento secreto, en donde dedara que contiene la última voluntad del testador como formalidad legal deberá estar firmado de su puño y letra.

rra. (82)

El art. 1581 del C.C. señala que el testamento otorgado - por escrito, deberá ser entregado luego que muera el testador, por aquél en cuyo poder hubiera quedado al jefe de la corporación, --- quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional y éste a la autoridad judicial competente. Al mismo tiempo el art. 1582 del C.C. señala que si el testamento fuera de palabra los testigos informarán al jefe de la corporación y se tendrá el mismo procedi--- miento que en el anterior con la única diferencia de que el juez - mandará citar a los testigos para que declaren las mismas circuns- tancias que en el privado.

f) MARITIMO.

Este tipo de testamentos se considera como un privilegio otorgado en favor de los marinos y de los pasajeros, quienes por - encontrarse en alta mar, no podían emplear ninguna de las formas -

(82) REBORA, J. C. Ob. Cit. p. 330. Considera que son dos las cir- cunstancias que condiciona esta especie de testamento a saber; el estado de guerra primero, la condición de combatiente regular o de adscrito a la organización militar después.

de testamento ordinario. (83)

Deberá constar siempre por escrito, ante dos testigos y el capitán de la embarcación, extendiéndose dos ejemplares que conservará el propio capitán, tomando razón del libro diario del buque.

El art. 1587 del C.C. dice que se hará por duplicado en virtud de que se impone al capitán la obligación de entregar uno de ellos en el primer punto que toque, si existe un funcionario consular mexicano o un agente diplomático, y el otro lo remitirá al tocar territorio nacional a la primera autoridad marítima.

g) HECHO EN PAIS EXTRANJERO.

Los mexicanos que se encuentren en el extranjero pueden hacer testamento a su elección ante los órganos competentes del país en que se encuentren ante los funcionarios del servicio exterior de su propio país, producirán efectos en el D.F. cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgan.

(83) IBARROLA DE, Antonio. Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa, S. A. México 1980. p. 688.

Los secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos, podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de los nacionales en el extranjero en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución - en el D.F. Los funcionarios mencionados remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubiere otorgado a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Si el testamento fuere ológrafo, el funcionario que inter venga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores en el término de diez días, al encargado del Archivo General de Notarías.

Cuando el testamento fuere confiado a la guarda del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, hará mención de esta circunstancia y dará recibo de la entrega.

El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante el agente diplomático o consular llevará el sello de la legación o consulado respectivo. (84)

(84) DE PINA, R. Ob. Cit. p. 352.

3.- INSTITUCION DE HEREDEROS Y LEGATARIOS.

Hemos dicho que por virtud del testamento generalmente se transmiten bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte y que esta transmisión se hace por el testador a sus herederos o legatarios. Escribe Rojina Villegas. "que cuando la transmisión es a título universal existe la institución de herederos, y cuando la transmisión es a título particular, entonces se instituyen legatarios. En tal virtud, por institución de herederos debe entenderse el acto por el cual el testador transmite a una persona la totalidad de su patrimonio o una parte alícuota del mismo, y por institución del legatario el acto por el cual el testador ---- transmite a una persona un bien determinado o determinable, corporal o incorporal, es decir, una cosa o un derecho!" (85)

Apegándome a las ideas del maestro Rojina Villegas, las instituciones de herederos no impide que exista al mismo tiempo -- institución de legatarios, es decir, a pesar de que él defina a la

(85) ROJINA VILLEGAS, Rafaél. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV Sucesiones. Editorial Porrúa, S.A. México 1976. p. 26. ARCE Y CERVANTES, José. De las sucesiones Editorial Porrúa, S.A. México 1983. - p. 66, dice que el testador es el que debe designar al heredero.

institución de herederos como el acto por virtud del cual se transmite la totalidad de un patrimonio o una parte alícuota del mismo, no quiere decir que instituido un heredero o varios, el testador les transmita integramente sus bienes, puede hacerse la transmisión total del patrimonio, y separarse ciertos bienes para legados, o bien puede gravarse al heredero con la obligación de entregar ciertos bienes que deduzcan del patrimonio en forma directa, -- cuando sean destinados en forma indirecta, cuando deban adquirirse con el producto de los bienes hereditarios para que se entreguen a los legatarios, es decir, la institución de herencia y legado puede coexistir o hacerse en forma separada. Así como el testador puede disponer de sus bienes a título universal sin imponer legados, puede también disponer de todos sus bienes a título particular sin instituir herederos, en cuyo caso todos los legatarios, se reputarán herederos para el efecto de responder hasta la cuantía de sus bienes de las deudas hereditarias. (86)

El art. 1382 del C.C. dice que si se instituye algún heredero y se le transmite cosa cierta y determinada, se considerará legatario. Este artículo demuestra que el carácter de heredero no lo otorga el testador por el nombre que asigne en su disposición, sino que lo crea la ley, lo mismo que el legatario tomando en cuen

(86) ROJINA, V., R. Ob. Cit. p. 27.

ta una especial situación jurídica, es decir, se deben de llenar ciertos requisitos considerados como necesarios para que haya institución de herederos o legatarios, si no se hace la transmisión a título universal, no habrá institución de herederos, aunque el testador equivocadamente emplee esa denominación.

4.- NOMBRAMIENTO DE ALBACEA, EJECUTOR TESTAMENTARIO E INTERVENTORES.

El albacea es aquella persona, nombrada por el testador, por los herederos, o por el juez en su caso; el cual tiene como función ejecutar y cumplir lo ordenado en el testamento, representar a la sucesión, administrar y liquidar el patrimonio de de cujus. (87)

Existen diversas clases de albaceas conforme a la doctrina y a la regulación que hace el C.C., podemos distinguir a los albaceas testamentarios, legítimos, mancomunados, sucesivos, universales y especiales:

El albacea testamentario es aquél que se designa por el -

(87) AGUILAR, L. Ob. Cit. p. 401. MAZEAUD. Ob. Cit. p. 429, dice que la misión del albacea es la de un mandatario.

testador, pudiendo ser universales, especiales, sucesivos o mancomunados.

El albacea legítimo es aquella persona designada por los herederos, o el juez en su caso, a falta de albacea testamentario, o cuando éste renuncie al cargo, fuere removido o en el caso del heredero único éste será el albacea, si es incapaz desempeñará el cargo el tutor. (88)

Los albaceas mancomunados son los designados por el testador o por los herederos o legatarios en su caso cuando son considerados como herederos, para que actúen de común acuerdo, es decir, no pueden actuar en forma separada y será necesario el consentimiento de la mayoría para la ejecución de los actos de dominio o de administración. Si faltare este consentimiento, el acto ejecutado será nulo a no ser que los demás albaceas lo rectifiquen. (89)

Los albaceas sucesivos se presentan cuando el testador designa en su testamento a una serie de personas en cierto orden para que de esa manera entren en el desempeño de su cargo, si alguno no pueda o no quiera aceptar el cargo entrará el siguiente en su -

(88) ROJINA V., R. Ob. Cit. p. 179

(89) IBARROLA DE, A. Ob. Cit. p. 801.

orden a desempeñarlo. (90)

El albacea universal es aquél que tiene por objeto cumplir con todas las disposiciones impuestas en el testamento y responder a la sucesión.

El albacea especial es también designado por el testador para la realización de un fin concreto señalado en el propio instrumento, como por ejemplo fundar y administrar una escuela. (91)

El art. 1679 del C.C. determina que no podrá ser albacea el que no tenga la libre disposición de sus bienes. La mujer casada, mayor de edad, podrá serlo sin la autorización de su esposo.

Al mismo tiempo el art. 1680 del mismo ordenamiento dispone que no pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos: los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión, los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea, los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, y los que no tengan un modo honesto de vivir.

(90) AGUILAR, L. Ob. Cit. p. 405.

(91) AGUILAR, L. Ob. Cit. p. 407.

De lo expuesto resulta que sólo pueden ser albaceas los -
mayores de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, con capa-
cidad para disponer de sus bienes, si no tubieren alguno de los im-
pedimentos antes señalados, y las instituciones expresamente auto-
rizadas por la ley, como son las fiduciarias, según lo determina -
la ley reglamentaria del servicio de la banca y crédito.

El cargo de albacea es voluntario, según prescribe el ar-
tículo 1695 del C.C., pero una vez aceptado, se tiene la obliga-
ción de desempeñarlo, bajo la sanción de pagar los daños y perjui-
cios que se causen por el no ejercicio del mismo.

Tomando en cuenta que el albacea ejerce una función repre-
sentativa de la herencia, puede decirse que las obligaciones que -
la ley impone, constituyen derechos para el ejercicio de su cargo.
En este sentido el art. 1706 del C.C. dispone que son obligación -
de los albaceas; la presentación del testamento, el aseguramiento
de los bienes de la herencia, la formación de inventario, la admi-
nistración de los bienes y la rendición de las cuentas del alba-
ceazgo, el pago de las deudas moratorias, hereditarias y testamen-
tarias, la partición y adjudicación de los bienes entre los herede-
ros y legatarios, la defensa en juicios fuera de él, así de la he-
rencia como de la validez del testamento, la representación de la
sucesión en todos los juicios que hubiere de promoverse en su nom-

bre o que se promovieran contra ella, y las demás que la ley imponga.

Las causas que dan término al cargo de albacea están consignadas en el art. 1745 del C.C. y son: por el término natural del cargo, por muerte, por incapacidad legal declarada en forma, por excusas que el juez califique de legítimas, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores de edad o la beneficencia pública, por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo, por revocación de su nombramiento hecha por los herederos y por remoción.

EJECUTOR TESTAMENTARIO.

Pothier, citado por Josserand, "hace notar que es bastante corriente que los testadores, para procurar su mas segura, mas exacta y mas diligente ejecución de sus últimas voluntades, nombren en su testamento personas a quienes confían dicha ejecución - se le llama "ejecutor testamentario". Inspirándose en dicha forma, dice también Josserand, Aubry Et Rau pudieron definir al ejecutor testamentario diciendo que es un mandatario impuesto por el testador a sus herederos o legatarios universales, con el objeto de obtener una mas segura y muy diligente ejecución de sus últimas vo-

luntades." (92)

Por su parte Josserand "dice que el ejecutor testamentario es un mandatario, que saca sus poderes de una cláusula testamentaria y tiene como misión el velar por la ejecución de las últimas voluntades del mandante." (93)

Nuestro C.C. en su art. 1701, dice que el albacea general está obligado a entregar al ejecutor especial las cantidades o cosas necesarias para que cumpla la parte del testamento que hubiere a su cargo.

Al albacea se le puede considerar como ejecutor testamentario conforme al art. 1747 del C.C. que dice: cuando el albacea haya recibido del testador algún encargo especial, además de seguir el juicio sucesorio para hacer entrega de los bienes herederos, no quedará privado de aquél encargo por la revocación del nombramiento de albacea, que hagan los herederos. En tal caso se con-

(92) JOSSERAND, L. Ob. Cit. p. 209.

(93) JOSSERAND, L. Ob. Cit. p. 210. CALOGERO, Gargi, La successine testamentaria. Editorial Graffre, Milan 1952, p. 533, dice que en igual forma el ejecutor testamentario fué considerado bajo el influjo del Código francés, como un mandatario.

siderará como ejecutor especial o se aplicará lo dispuesto en el artículo antes mencionado.

Por último el art. 1704 del multicitado Código, hace mención de la posesión de los bienes de la herencia para que se transmitan por ministerio de ley a los herederos y a los ejecutores universales, desde el momento de la muerte del autor de la herencia, salvo lo referente en el art. 205 del mismo ordenamiento.

INTERVENTORES.

Tomando en cuenta las disposiciones que sobre esta materia existen respectivamente en los Códigos de Procedimientos Civiles y el Civil, podemos distinguir dos clases de interventores: el provisional y el definitivo.

El interventor provisional de acuerdo con los arts. 771, 773 y 836 del C.P.C., son aquellos que designa el juez en dos casos; cuando pasados diez días de la muerte del autor de la sucesión, no se hubiere presentado el testamento ó en él no hubiere designado albacea, ni tampoco se hubiere denunciado el intestado. En estas distintas hipótesis cumplidos estos requisitos, el juez nombrará un interventor que sea mayor de edad, de notaria buena conducta, con domicilio en el lugar del juicio sucesorio, debiendo --

causionar su manejo con fianza judicial que deberá otorgarse en el plazo de 10 días contados a partir de la aceptación del cargo bajo pena de remoción. (94)

Otro tipo de interventor provisional está regulado por el art. 836 del C.P.C., tiene lugar cuando por cualquier motivo no hubiere albacea después de un mes de iniciado el juicio sucesorio, a cuyo efecto el juez nombrará un interventor que podrá intentar, -- previa la autorización correspondientes, todas las acciones que -- tenga por objeto recobrar bienes o hacer efectivos derechos pertenecientes a la herencia, así como contestar las demandas que se -- provieren en contra de la sucesión.

En casos muy urgentes el juez, aun antes de que se cumpla el término mencionado, autorizará al interventor para que demande y conteste a nombre de la sucesión. Los terceros no podrán invocar como defensa la falta de autorización judicial en el caso concreto.

El art. 837 del C.P. C., dice que el interventor no podrá

(94) ARCE Y C., J. Ob. Cit. p. 179 dice que los interventores nunca son nombrados por el testador, sus funciones son las de suplir, complementar y vigilar al albacea.

deducir en juicio las acciones que por razones de mejoras, manuten
ción o reparación que tenga contra la testamentaria o el intesta--
do, a no ser que haya hecho los gastos respectivos con previa auto
rización judicial.

El interventor definitivo está definido en el art. 1729 -
del C.C., caracterizándolo como aquéllos que tienen por objeto vi-
gilar el exacto cumplimiento del cargo de albacea: Es decir, el in
terventor de la herencia es un órgano de control de las funciones
del albacea.

El interventor definitivo no puede tener la posesión, ni
aun interina de los bienes hereditarios, debe ser mayor de edad y
con capacidad general para obligarse, durarán en su función todo -
el tiempo que dure el albaceazgo, y por eso el art. 1733 del C.C.
estatuye que entre tanto no se les revoque su nombramiento, desem-
peñarán sus funciones sin sujeción a un determinado plazo. Exclusi
vamente la vigilancia de su cargo dependerá de la duración del al-
baceazgo, dada la función específica de los interventores en los -
términos del art. 1729 del C.C.

Los casos en que es forzoso nombrar un interventor defini
tivo están señalados en el art. 1731 del C.C. que a la letra dice:
debe nombrarse precisamente a un interventor siempre que el herede

ro esté ausente o no sea conocido, cuando la cuantía de los legados iguales o excedan a la porción del heredero albacea, cuando se hagan legados para objetos o establecimientos de beneficencia pública.

5.- TUTELA TESTAMENTARIA.

La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante ella se provee a la representación, a la protección a la asistencia, al cumplimiento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismo, para regir, en fin, su actividad jurídica. (95)

El objeto de la tutela es, de conformidad con los párrafos primero y segundo del art. 449 del C.C. la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela tiene por objeto la representación interina del incapaz, en los casos especiales que señala la ley.

La tutela produce relaciones jurídicas entre el tutor y el incapacitado; ésta es la diferencia fundamental con la patria -

(95) DE PINA, R. Ob. Cit. p. 383. Tomo I.

potestad, porque ésta es el hecho natural de la procreación de la que procede la relación de filiación. (96)

De conformidad con el art. 461 del C.C. la tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa. La tutela testamentaria es la que debe desempeñar la persona designada por el último ascendente del incapaz, designación que debe contenerse en un testamento. (97)

El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido 16 años, debiéndose confirmar esa designación con el juez de lo familiar, si el juez no aprueba el nombramiento hecho por el menor, o este no ha cumplido 16 años, el propio juez estará capacitado para designar como tutor a una persona de las que figuran en la lista de tutores que forma el Consejo Local de tutelas. (98)

(96) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General Personas Familia. Editorial Porrúa, S. A. México 1979, 3a. Ed. p. 692.

(97) DE PINA, R. Ob. Cit. p. 388. Tomo I.

(98) DE PINA, R. Ob. Cit. p. 388. Tomo I.

"B"

1.- SUCESION LEGITIMA.

La sucesión legítima comenta Josserand, "se presenta cuando el de cujus no reguló su última voluntad, la suerte que van a tener sus bienes la fija la ley, porque la misma ley llama a recibir a los herederos legítimos, se dice entonces que hay transmisión, sucesión ab-intestato, quien de ella se beneficia es calificado de heredero ab-intestato es el causahabiente de un individuo que ha fallado intestado". (99)

Vitorio Polacco, "explica que la sucesión legítima tiene un doble fundamento; el orden natural de los efectos y el orden social. Cuando no hay un acto del causante, la ley interpreta la voluntad del mismo inspirándose en el orden natural de los afectos, por consiguiente, llamará primero a los descendientes, después a los ascendentes y a los colaterales, inspirándose en el sentimiento natural, convalidando con la experiencia, de que el cariño desciende primero, asciende después y se extiende más tarde a los lados. Pero por otra parte armonizando este elemento con exigencia y consideraciones del orden natural, la ley dicta particularmente -- restricciones; así en homenaje a la familia legalmente consti-----

(99) JOSSERAND, L. Ob. Cit. p. 9.

tuida, encontramos a los hijos naturales, póstumos a los legítimos aun cuando hayan de presumirse igual hacia los unos y hacia los otros al efecto de quien los engendró. En vista de que este segundo elemento, sería que la sucesión legítima es el testamento tácito del difunto!" (100)

Considero que la sucesión legítima se presenta cuando el de cujus no dispuso en forma fehaciente sobre la suerte de sus bienes. En este sentido son llamados a heredar como lo menciona la ley: en primer lugar a los descendientes, en segundo lugar al cónyuge, en tercer lugar a los ascendentes, en cuarto lugar a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, en algunos casos a la concubina y a falta de los anteriores a la Beneficencia Pública.

Nuestro C.C. en su art. 1599 señala que la sucesión legítima es cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez; cuando el testador no dispuso de todos sus bienes, cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero, cuando el heredero muere antes que el testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

(100) POLACCO, Vitorio. De las Sucesiones. Sucesiones Legítimas y Testamentarias. Editorial Bosch. Buenos Aires 1950. 2a. Edición. - Tomo I. p. 35.

a) DELACION HEREDITARIA.

La delación es el llamamiento real, por medio del cual se emplazan a los herederos a juicio. El art. 799 del C.P.C. establece que al promoverse un intestado, el denunciante deberá indicar - los nombres y domicilios de los parientes en línea recta y de cónyuge supérstite o a falta de ellos, a los parientes colaterales -- dentro del cuato grado, para que sean notificados y puedan concurrir a juicio, por su parte el art. 807 del mismo ordenamiento dice que si la declaración de herederos la solicitan parientes colaterales, mandarán fijar avisos a los sitios públicos del lugar del juicio y en los lugares del fallecimiento y origen del finado, --- anunciando su muerte sin testar y los nombres y grados de parentes co de los que reclaman la herencia y llamando a los que se crean - con igual o mejor derecho, para que comparezcan al juzgado a reclamar dentro de cuarenta días. Los edictos se incertarán, además dos veces de diez en diez, en un periódico de información, así el valor de los bienes excede de \$5,000.00. (101)

(101) ARCE Y C., J. Ob. Cit. p. 163, dice que la muerte determina el momento a partir del cual principian los efectos de la sucesión.

2.- PARENTESCO.

Es la relación natural que existe entre dos personas que descienden una de otra, como es el caso del hijo y el padre, el -- nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos -- hermanos, dos primos. Junto a este parentesco real que es un hecho natural y que su origen es el nacimiento de los hijos, la ley admi -- te un parentesco completamente ficticio que se establece por un -- contrato particular llamado adopción que lo podemos considerar co -- mo una imitación del parentesco real. (102).

Considero que el parentesco es el nexo jurídico que exis -- te entre los ascendentes y su progenitor, entre un cónyuge y los -- parientes del otro cónyuge, ó adoptado y adoptante.

LINEAS Y GRADOS DE PARENTESCO.

El art. 269 del C.C. dice que el parentesco se determina por líneas y grados, la serie de grados constituyen la línea del -- parentesco.

(102) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Dere -- cho Civil Francés. Editorial Cultural, S. A. Habana 1946. Tomo II. p. 12.

La serie de los parientes que descienden uno de otro, forman lo que se llama una línea. Este es el parentesco directo, se representa por medio de una línea recta que va de uno de los parientes a otro, cualquiera que sea el número de los intermedios. En cuanto al parentesco que une a dos personas que descienden de un autor común se le llama parentesco transversal; en las líneas de parentesco se habla de línea ascendente o de línea descendente según suba o baje en la serie de las generaciones. (103)

En cada línea de parentesco se cuenta por grados, el hijo y el padre son parientes en primer grado, el nieto y el abuelo en segundo grado, y así los demás. En el caso del parentesco transversal, la manera de contar consiste de que el número de grados en dos líneas partiendo del autor común y en sumar las dos series de grados, así pues dos hermanos son parientes en segundo grado, (un grado en cada rama), un tío y un sobrino, en tercer grado (dos grados de un lado, y una de otro) dos primos hermanos son parientes en cuarto grado. (104)

(103) PLANIOL Y RIPERT. Ob. Cit. p. 13.

(104) PLANIOL Y RIPERT. Ob. Cit. p. 14.

3.- SUCESION DEL CONYUGE Y DE LA CONCUBINA.

El art. 1624 del C.C. hace referencia que cuando el cónyuge que sobreviva, concorra con sus descendientes tendrá el derecho de heredar la porción de un hijo, si carece de bienes o los que -- tiene al morir el autor de la sucesión no igualan a la porción que cada hijo debe corresponder. Lo mismo ocurrirá si el cónyuge concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia.

Cuando el cónyuge sobreviviente, dice el art. 1625 del -- mencionado código, comparece con descendientes recibirá íntegra la porción señalada, cuando comparece con hijos adoptivos tendrá derecho a recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada. Si el cónyuge que sobrevive con ascendentes, la herencia se dividirá en dos porciones iguales, de las cuales una se --- aplicará al cónyuge y la otra a los ascendentes. (art. 1626 del -- C.C.). En el caso del cónyuge que concorra con uno o mas hermanos del autor de la sucesión, tendrá éste dos tercios de la herencia, el tercio restante se aplicará a el hermano o se dividirá este tercio por partes iguales entre los hermanos. En el caso de que no haya descendientes, ni hermanos del autor, el cónyuge sucederá en to

dos los bienes. (art. 1629 del C.C.). (105)

SUCESION DE LOS CONCUBINOS.

La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libre de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellas heredará.

El derecho de la concubina puede ser semejante al derecho de la esposa, es decir, cuando concurre la concubina con hijos ésta tendrá la porción de un hijo, siempre y cuando ésta carezca de

(105) REBORA, J.C. Ob. Cit., en efecto si no han quedado descendientes, ni ascendentes, los cónyuges se heredarán recíprocamente, excluyéndose a todos los parientes colaterales. p. 139 y s. -----
MAZEAUD, H. y MAZEAUD, L. J. Ob. Cit. p. 145. La validez del matrimonio es el requisito primero del derecho sucesorio.

bienes o los que tenga no sean suficientes para igualar a esa porción, en ese caso sólo se le dará la diferencia, si la concubina concurre con hijos del autor de la sucesión habidos con otra mujer, ya su derecho no es igual al de la esposa y, por consiguiente no tendrá la porción de un hijo sino la mitad aumentándosele a las dos terceras partes cuando concurre con hijos suyos y con hijos del de cujus con otra mujer. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta. Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge, o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenecen a la concubina y la otra mitad a la Beneficencia Pública. En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV, debe observarse lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625, si la concubina tiene bienes. Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguna de ellas heredará. (106)

4.- PARTICION DE LA HERENCIA.

En el momento que ha sido aprobado el inventario y la cuenta de la administración del albacea, el siguiente paso será la

(106) ART. 1635 C.C.

partición de los bienes de la herencia, por tanto ningún coheredero puede quedar obligado a permanecer en la indivisión, ni tampoco el testador puede obligar a los herederos a que permanezcan en la misma, únicamente por convenio de los herederos se puede pactar el estado de indivisión, pero ese convenio sólo puede originar una indivisión temporal, precisándose el plazo máximo y fijando las reglas que se habrán de observar, para llevar a cabo la aplicación de los bienes. Este convenio es válido aun cuando haya en la herencia menores de edad pero en este caso es menester la aprobación judicial después de oír al tutor o al Ministerio Público, a efecto de que no se perjudiquen los intereses del menor al permanecer en la indivisión. (107)

La partición constará en escritura pública, siempre que en la herencia haya bienes cuya enajenación deba hacerse con esa

(107) ROJINA V., R. Ob. Cit. p. 194 y s.

ARCE Y CERVANTES, José. Ob. Cit. p. 190. Partición de herencia es la que se efectúa de la comunidad de bienes y derechos que se genera a la sucesión de una persona cuando concurren varios herederos y se le dá a cada uno lo que le corresponde según las reglas del testamento o de la ley.

formalidad. (108)

5.- TUTELA LEGITIMA.

Josserand dice que "la tutela legitima como tutela legal de los ascendentes, se abre cuando el sobreviviente no ha designado tutor testamentario y por otra parte conservando la tutela hasta la muerte; la función tutelar es entonces diferida, por la misma, a un ascendente, las reglas son las siguientes. Por una parte el ascendente, más próxima aunque es preferible el mas lejano, por otra parte, si el segundo ascendente ocupa el mismo grado el consejo de familias quien los elige sin tener en cuenta la rama a que pertenecen. En fin, para el caso que la concurrencia se dé entre los bisabuelos de la línea materna, es también el consejo de familias quien decide". (109)

El Código Civil, en su artículo 482 dice que la tutela legitima tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario y cuando debe nombrarse tutor en caso de divorcio. La ley llama al ejercicio de la tutela a determinadas personas para que representen al incapaz. Respecto del llamamiento, -

(108) Art. 1777 del C.C.

(109) JOSSERAND, L. Ob. Cit. p. 301 y s.

debemos de considerar dos clases de tutela; la de los menores de edad y la de los menores declarados incapacitados.

Cuando se refiere a los menores, la ley llama a desempeñarla a los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas; por falta de incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive y si hubiera varios parientes del mismo grado, el juez eligirá entre ellos al que le pareciere mas apto para el cargo, pero si el menor ha cumplido diecisiete años él hará la elección.

Tratándose de expósitos o abandonados, la ley los coloca bajo la tutela de la persona que los haya acogido o de los directores de las inclusas, hospicios y demás casos de beneficencia que los reciba (art. 492 del C.C.)

En relación con los demás incapacitados, la ley contempla los distintos casos en que tiene lugar la tutela legítima y determina un orden en el llamamiento; el marido es el tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido; los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre viudos; prefiriéndose en su designación al que viva con el incapaz, y siendo varios, el que le parezca al juez mas apto; el padre, y por muerto o incapacitado de éste, la madre son los tutores legítimos de sus hi

jos, solteros o viudos, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, y a falta de las personas anteriores, son llamadas sucesivamente a desempeñar la tutela legítima, el abuelo de ambos lados, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales, la ley coloca, además bajo la tutela legítima a las personas que corresponde a los hijos menores que el incapacitado tuviere bajo su patria potestad.

CAPITULO CUARTO

EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

1.- QUE ES EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

El art. 352 de la L.G.T.O.C., señala que el fideicomiso - puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento.

José Manuel Villagordoa "por su parte dice que el fideicomiso testamentario es el que se constituye sujetando sus efectos a la muerte del fideicomitente" (110)

La Asociación de Banqueros de México define al fideicomiso testamentario de la siguiente manera: "Por medio de este fideicomiso una persona hace que sus bienes sean aplicados para después de su fallecimiento, a una institución fiduciaria en determinada forma; en beneficio de los fideicomisarios (herederos) que designe, bien sea que constituya el fideicomiso por acto entre vivos o por testamento. (111)

Considero que el fideicomiso testamentario, es el que lo constituye una persona llamada fideicomitente o testador el cual transmite la titularidad de sus bienes o una parte de ellos a una

(110) VILLAGORDOA, José Manuel. Breve estudio sobre el fideicomiso. México 1954. p. 79.

(111) ASOCIACION DE BANQUEROS DE MEXICO.

institución fiduciaria para que realice el fin lícito y determinado en provecho de uno o varios herederos o fideicomisarios. Así mismo la institución fiduciaria tiene la obligación de entregar al o a los beneficiarios, el patrimonio fideicometido una vez cumplida la condición o el término de duración impuestas a éstas por el testador fideicomitente.

2.- CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

Existen dos normas que son reguladas en la práctica Bancaria y Notarial en relación al fideicomiso testamentario y son las siguientes:

a) Por testamento.

Opera en cualquiera de las formas de testamento reconocidas por la ley, la mas usual es ante Notario Público, en la cual se establecen los lineamientos bajo los cuales su albacea o executor deberá ejecutar el fideicomiso.

En este momento el fideicomiso se ha constituido, se ordena que empiece a surtir sus efectos, se perfecciona al fallecimiento del fideicomitente o testador. Es un acto unilateral que no es vinculante, y por tanto, no nulifica en vida el patrimonio del au-

tor, ni afecta a los terceros. Jurídicamente no tiene ninguna relevancia mas que para el autor. Los bienes en los que desea constituir el fideicomiso, aun después del acto, pueden salir del patrimonio del autor, por la sola voluntad del mismo autor, y por este hecho, queda sin efecto su deseo que antes había expresado. Los efectos que puede producir el fideicomiso testamentario se sujetan a la muerte del autor de la herencia como causa única, al acaecer ésta, los fideicomisarios o herederos reciben los beneficios que produce dicho fideicomiso.

Los fideicomisarios son realmente herederos, aunque mediante este fideicomiso que es temporal y constituido para beneficiarlos a la muerte del autor.

El llamado fideicomiso testamentario, es en realidad un testamento que se rige por el derecho común y solamente después de la muerte del testador por cumplir la voluntad de éste, se registrará por su ley especial. El fideicomiso es un acto temporal, es un medio, una situación transitoria, una operación instrumental. El fiduciario tiene el carácter de intermediario entre la voluntad del fideicomitente o testador y el beneficio que van a recibir los fideicomisarios o herederos, que los reciben originados en la muerte del testador; a través del medio que él consideró mas apto, pero como ésta no es institución permanente sino mediata, los sucesores

reciben la herencia y el fideicomiso ya no tiene relevancia. (112)

b) Por acto inter-vivos.

En vida el fideicomitente celebra el fideicomiso sujeto a la condición suspensiva consistente en su fallecimiento y ocurrido éste, la titularidad de los bienes la adquiere el fiduciario para el cumplimiento de los fines del fideicomiso. (113)

Esta segunda forma de constituir el fideicomiso por acto inter-vivos, modifica el patrimonio del autor y es posible que --- afecte a terceros. Por lo tanto, puede ser anulado por fraude a es tos mismos terceros (art. 351 L.G.T.O.C.). Aunque es unilateralmen te constituido; requiere aceptación del fiduciario y, por consi--- guiente es vinculante; crea derechos y obligaciones recíprocas en tre fideicomitente y fiduciario y entre éste y los fideicomisa---- rios. Jurídicamente ya no puede disponer salvo que se hubiere re-- servado la facultad de revocar el fideicomiso. Los efectos se pro-- ducen desde el presente. Los bienes fideicometidos salen de su pa--

(112) ARCE Y CERVANTES, José. Un ensayo sobre el fideicomiso testa mentario. Revista de Derecho Notarial. Asociación Nacional del Nota riado. A. C. México 1972. p. 45.

(113) ASOCIACION DE BANQUEROS DE MEXICO. p. 122.

rimonio en vida, no es testamento. En este tipo de fideicomiso, - es posible que a la muerte del fideicomitente señale los cambios - en el manejo del fideicomiso y el destino de los bienes y por esto pudiera parecer que se trata de una sucesión "motis causa". No es así, en este caso, la muerte es el fin de una etapa o fase del fideicomiso o el principio de una nueva, como puede serlo la llegada de un plazo o cualquier otro acontecimiento. La muerte del fideicomitente puede ser un hecho jurídico en cuanto pone en vigor otras reglas del fideicomitente y se pase a una nueva etapa del fideicomiso o puede estar sujeta a otro acontecimiento, por ejemplo: la llegada de una edad o de una fecha.

La muerte del fideicomitente no va a modificar el título jurídico por el cual los fideicomisarios van a recibir el beneficio. No fueron señalados herederos por causas de muerte, son fideicomisarios por fideicomiso, no son herederos, no se abre la sucesión por estos bienes. Cuando la muerte del fideicomitente o de algún fideicomisario, si así se hubiere previsto, señala el principio de una nueva etapa, bastará acreditar estos fallecimientos como se hace en el caso de la extinción del usufructo, para que empiece a correr nueva etapa.

En este tipo de fideicomisos la relación es fideicomitente-causante que estaba vivo, con los fideicomisarios causahabien--

tes. Se trata de una relación inter-vivos, o por lo menos del causante vivo, aunque no conocido en el tiempo del acto constitutivo un beneficio recibido. Desde la constitución del fideicomiso, los fideicomisarios ya tienen en su haber, mas que una expectativa, un derecho que nació desde la afectación fiduciaria y que ya recibe - protección de la norma jurídica.

Es necesario que partamos de la base que el fideicomiso - testamentario debe participar de la naturaleza jurídica del testamento, en principio no hay normas que regulen expresamente esta figura jurídica, en esa virtud el estudio de esta institución se hará a través de las normas que regulan la sucesión testamentaria, - aplicando también las reglas de derecho que norman el fideicomiso. Este acto jurídico regulado por el derecho civil en lo que se refiere a las sucesiones, debe cumplir con los requisitos de existencia y validez que la ley exige al testamento y que de no llenar estos requisitos, se puede invocar la ineficacia del mismo.

La muerte del de cujus trae consigo un cambio de circunstancias. Antes de la muerte del autor no surtirá efectos el testamento, tampoco modifica el patrimonio fideicometido y en consecuencia es revocable en cualquier tiempo.

El procedimiento sucesorio es un trámite de derecho adje-

tivo que tiene como finalidad comprobar ciertos hechos para saber cuales normas de derecho sustantivo deben aplicarse: al fallecimiento del autor de la herencia, si hay testamento y éste es válido, si existe y es capaz el heredero o legatario o quienes deben sustituirlos, si estos aceptan la herencia fideicometida, determinación del activo y del pasivo del patrimonio hereditario, protección de acreedores, protección y entrega de los bienes a quienes deban recibirlos.

La sucesión hereditaria respecto al patrimonio dado en fideicomiso testamentario, siempre de hecho y por derecho, es a título universal o sea que está en juego todo el patrimonio del de cujus que es transmisible por este medio, que incluye la responsabilidad del pago de las deudas hereditarias a los acreedores del de cujus. (114)

Se establece que el fideicomiso puede constituirse "por acto entre vivos o por testamento" (art. 352 L.G.T.O.C.) con tal de que conste por escrito y se ajuste a los términos de la legislación común sobre transmisión de la titularidad de los bienes y derechos que se den en fideicomiso testamentario. Puede ser que éste se contenga dentro de un contrato de adhesión; pero no será el ---

(114) CERVANTES, A., R. Ob. Cit. p. 309.

acuerdo de voluntades lo que constituye el fideicomiso testamentario, sino que este se constituirá por la voluntad del testador fideicomitente.

Se concluye que el acto constitutivo del fideicomiso testamentario es siempre una declaración unilateral de la voluntad -- del de cujus. Este tiene su base en el derecho Bancario y Notarial y está regulado dentro de las operaciones de crédito (art. 1º ---- L.G.T.O.C.). Así mismo el fideicomiso testamentario como operación bancaria según el art. 75, frac. XIV, C.Com., es un acto de comercio. Dado que la ley lo califica de operación de crédito el fideicomiso testamentario se encuadra en el grupo de los servicios bancarios.

3.- ELEMENTOS PERSONALES.

a) Fideicomitente o Testador.

El fideicomitente que en el fideicomiso testamentario tiene además la calidad de testador, debe realizar este acto jurídico llamado testamento, cumpliendo con lo dispuesto en el Código Civil. En esta clase de fideicomisos, el testador o fideicomitente adquiere el carácter de legislador de su patrimonio al disponer en forma libre y consciente en su última voluntad que lo hace por fideicomiso. Tiene como límite el cumplimiento de normas imperativas

como en el caso del testamento inoficioso. En este caso el testamento que se instituye por fideicomiso será válido pero los herederos fideicomisarios, tendrán obligación de proporcionar alimentos a los menores de edad o a los mayores incapacitados para trabajar, que se consideren preferidos del fideicomiso testamentario.

Con relación a la capacidad del testador fideicomitente, vemos que es un presupuesto indispensable para constituir esta clase de fideicomisos. (115)

Una voluntad libre y consciente sólo puede manifestarse - por una persona capaz.

La capacidad se divide en capacidad de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones.

La capacidad de ejercicio es la aptitud jurídica de ejercitar o hacer valer los derechos y las obligaciones.

(115) MUÑOZ, L. Ob. Cit. p. 135.

Con relación a la capacidad para constituir un fideicomiso testamentario, se exige la existencia de una voluntad inteligente y libre, dueño de sí y seguro de lo que está haciendo. (116)

Ante la insuficiencia normativa de la L.G.T.O.C. tratándose de fideicomiso testamentario es necesario acudir al C.C., donde nos encontramos las normas supletorias adecuadas a esta figura. Es así que sólo pueden ser fideicomitentes, todas las personas a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de derecho de testar. (117)

Como se puede observar, también en el fideicomiso testamentario, es necesario que el testador, o sea, el fideicomitente, tenga tanto capacidad de goce como de ejercicio.

b) Fideicomisario o heredero.

El fideicomisario o heredero es la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso testamentario. El fideicomitente o testador no puede ser beneficiario del fideicomiso testamentario, porque por su propia naturaleza ésta clase de fidei

(116) IBARROLA DE, A. Ob. Cit. p. 349.

(117) Art. 1305 del C.C.

comisos comienza a surtir sus efectos a la muerte del de cujus. -- (118). Además porque ésta persona ya no existe entre nosotros, concluyó su personalidad y su patrimonio para a un nuevo titular.

El fideicomisario o heredero tendrá todos los derechos -- que se le asignen en el acto constitutivo y así podrá exigirle al fiduciario el exacto cumplimiento de sus funciones encomendadas.

Así mismo tendrá derecho a ejercitar una acción persecutoria para que los bienes que hayan salido indebidamente del patrimonio dado en fideicomiso testamentario vuelvan al mismo y así pueda la fiduciaria cumplir el fin lícito y determinado, establecido en el acto constitutivo de dicho fideicomiso; también podrá pedir la remoción del fiduciario (art. 355 L.G.T.O.C.). Los derechos del fideicomisario o heredero no pueden ser considerados como derechos reales sobre la cosa fideicometida; son derechos personales contra el fiduciario para exigirle el debido cumplimiento del fideicomiso testamentario, o contra los detentores de los bienes fideicometidos para hacerlos valer como hemos visto al poder del fiduciario. (119).

(118) IBARROLA DE, A. Ob. Cit. Libro 1º. Capítulo I, p. 329.

(119) MOLINA P., R. Ob. Cit. p. 178.

Con relación al heredero, hemos visto que este elemento - personal del derecho hereditario al aceptar la herencia, continúa la personalidad del de cuius, o sea, que el heredero es causahabiente a título universal. El heredero es continuador del patrimonio tanto en sus relaciones activas como pasivas. Al heredero no se le puede considerar como un tercero ajeno a las relaciones activas y pasivas del de cuius.

En el derecho civil mexicano todas las personas físicas o morales son aptas para heredar, sin distinción de edad, sexo, ni nacionalidad. (120)

La persona concebida tiene capacidad para heredar. También podrán ser herederas las personas morales, porque nada impide que sean designadas herederas a estas personas.

Con relación al fideicomisario, la regla general es que podrá ser la persona física como la moral que tenga capacidad necesaria para recibir el provecho que dicho fideicomiso implica, o sea, que pueden ser fideicomisarios todas las personas físicas o jurídicas, excepto las que prohíbe la ley. Así vemos que no pueden

(120) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. "El Patrimonio". Editorial Cajica. Jr., S. A. Puebla, Pue. 1971. p. 532.

ser nombrados fideicomisarios las iglesias, asociaciones religiosas por carecer de legitimación jurídica conforme a lo establecido en el art. 27, frac. II y art. 130, frac. XV constitucional.

De lo anterior se deduce que el fideicomiso testamentario puede constituirse a favor de incapacitados y no nacidos (art. --- 359, frac. II. L.G.T.O.C.) y (art. 22. C.C.). Esta incapacidad debe entenderse según el Código Civil a los enajenados mentales que tienen restringida su personalidad jurídica; pero estos sujetos -- pueden ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por medio de sus representantes legales; así muchos herederos fideicomisa--- rios pueden ejercitar sus derechos por conducto de sus tutores o - el Ministerio Público (art. 23. C.C.). Así se interpreta el art. -- 1313 del C.C. que establece: "Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar y - no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con rela-- ción a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla -- por alguna de las siguientes causas:

- I.- Falta de personalidad;
- II.- Delito;
- III.- Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;
- IV.- Falta de reciprocidad internacional;

V.- Utilidad pública.

VI.- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

c) Institución Fiduciaria.

También la fiduciaria precisa de capacidad para ser parte en el acto jurídico del fideicomiso testamentario. Ya hemos visto que sólo podrán ser fiduciarias las instituciones de crédito expresamente autorizadas por la ley. Mas adelante explicaré la importante función de la institución fiduciaria con relación a la ejecución del fideicomiso testamentario.

4.- EJECUCION DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

Constituido el fideicomiso testamentario, el paso siguiente es la ejecución del mismo, la que queda a cargo de la institución fiduciaria, la cual reporta las siguientes ventajas:

1.- Asegura que quien desempeña el cargo de fiduciario -- sea institución de reconocida solvencia;

2.- Asegura la permanencia y la continuidad de la labor de la fiduciaria, ya que las compañías tienen prácticamente vida ilimitada;

3.- Asegura que el trabajo de la fiduciaria se ha realizado por instituciones especializadas, y

4.- Asegura que el control y vigilancia de la fiduciaria, por parte de la Comisión Nacional Bancaria que controla y vigila a las instituciones de crédito. (121)

Así mismo las ventajas que reporta la institución fiduciaria al realizar el fideicomiso testamentario es por las siguientes razones, tales como: permanencia, accesibilidad, eficacia, posesión de oficinas y equipos adecuados, recursos financieros, conocimiento mercantil, economía, contabilidad sistemática, imparcialidad, solvencia. (122)

El fideicomiso testamentario se ejecuta en provecho de una persona, este beneficiario recibe el nombre de fideicomisario o heredero.

En la ejecución del fideicomiso testamentario, la fiduciaria deberá actuar de buena fe, como actuaría un buen padre de familia

(121) HERNANDEZ O., A. Ob. Cit. p. 255.

(122) MOLINA PASQUEL, Roberto. Autor citado por "Primer Cónclave sobre fideicomiso". Editado por los representantes de la Asociación de Banqueros de México A.C. México 1943. p. 22.

lia respecto del patrimonio familiar. El fiduciario no podrá apropiarse de los bienes y derechos fideicometidos, ni usarlos para su provecho. Tiene derecho al cobro de las percepciones derivadas de su trabajo; las percepciones se reducirán al honorario y a las comisiones que se establezcan en el acto constitutivo de dicho fideicomiso y claro, aceptadas por ésta.

Igualmente tendrá todos los derechos y acciones que se requieren al respecto con las limitaciones y siguiendo las normas -- que se establezcan en el acto constitutivo y por esto, es responsable de las pérdidas y menos cabos que los bienes fideicometidos sufran por su culpa (art. 356, L.G.T.O.C.).

Para ejecutar un fideicomiso testamentario, la fiduciaria designada desempeñará sus funciones, bien sea, realizando actos de administración o de enajenación según se haya dispuesto por el testador fideicomitente.

Dicha función que desempeña la fiduciaria, será a través de un funcionario que recibe el nombre de Delegado Fiduciario, --- quien es designado por dicha institución especialmente para atender los fideicomisos con la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria, organismo que tiene facultad de vetarlo o de remover a los Delegados designados. (art. 61. L.R.S.P.B.C.)

Para acreditar la personalidad de estos funcionarios se - debe protocolizar el acto en que conste su nombramiento por el con- sejo, o con el testimonio del poder otorgado por la institución fi- fuciaria.

Los Delegados Fiduciarios, tendrán únicamente la responsa- bilidad civil de los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fi-- deicomiso (art. 61, párrafo 2º de la L.R.S.P.B.C.)

Además de los Delegados Fiduciarios, en algunos casos, -- coadyuvan con la institución fiduciarios un Comité Técnico para la distribución de fondos, que será designado por el fideicomitente o testador en el acto constitutivo, señalando las reglas para su fun- cionamiento y fijando sus facultades. Cuando la institución de cré- dito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad. (123)

También la institución fiduciaria para la ejecución del - fideicomiso testamentario, utilizará personal auxiliar para llevar a cabo su fin. (art. 63. L.R.S.P.B.C.)

5.- TITULARIDAD DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

Quien constituye un fideicomiso testamentario, transmite el patrimonio fideicometido a la institución fiduciaria, que adquiere su titularidad.

El poder de la fiduciaria con relación al patrimonio fideicometido estará determinado por el acta constitutiva del fideicomiso testamentario o, en su defecto, por la naturaleza del fin a que los bienes, acciones y derechos fideicometidos se destinan. El fiduciario no se convierte en propietario de dicho patrimonio, será simple titular. (124)

Por medio del fideicomiso testamentario el testador o fideicomitente transmite la titularidad de bienes, derechos y obligaciones al fiduciario, y éste podrá cumplir su misión mediante el ejercicio de su calidad de titular de este patrimonio fideicometido. (125)

Así mismo el fiduciario está obligado a cumplir con las deudas que el de cujus haya adquirido con anterioridad a la consti

(124) CERVANTES AHUMADA, R. Ob. Cit. p. 310.

(125) HERNANDEZ, O. Ob. Cit. p. 276.

tución de dicho fideicomiso y los que hayan adquirido con relación a la ejecución de este fideicomiso testamentario.

Si el fideicomiso se establece por testamento, la fiduciaria recibe la titularidad del patrimonio fideicometido, con motivo de la muerte del fideicomitente, que es, a la vez, autor del testamento, lo administra en beneficio de sus herederos de acuerdo con las instrucciones recibidas del de cujus, y dará a los bienes, derechos y acciones el destino querido por él. (126)

El fiduciario es el titular del patrimonio dado en fideicomiso testamentario, pero en forma temporal, o sea, en tanto dure dicho fideicomiso, la fiduciaria es la única titular del patrimonio fideicometido; como tal, tendrá todos los derechos y acciones tendientes a realizar el fin lícito y determinado de dicho fideicomiso.

Como hemos dicho, el fiduciario tiene un dominio limitado que no por eso deja de ser dominio, es decir, es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, propietario en función del fin que se debe cumplir y que es temporal.

(126) HERNANDEZ A., O. Ob. Cit. p. 291.

En resumen puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico, pero no económico de los bienes y derechos que recibe en fideicomiso testamentario. El fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales, pero en provecho ajeno. (127)

La titularidad que ejerce el fiduciario frente al patrimonio dado en fideicomiso testamentario, no concede en ningún caso a dicha fiduciaria la libertad de disfrutar y disponer en su propio beneficio de los bienes fideicometidos, sino sólo la inviste de -- las limitadas y expresas facultades que se le otorgan para realizar la finalidad del fideicomiso. (128)

El fideicomiso testamentario deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de la titularidad de los bienes y derechos fideicometidos en favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos publicitarios correspondientes. Esto es, deben ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio en la sección de fideicomisos o simplemente hacer la anotación preventiva que determinado bien se encuentra afectado de fideicomiso.

(127) RODRIGUEZ R., J. Ob. Cit. p. 120.

(128) REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Escuela Libre de Derecho. México 1980. p. 81

La adquisición de la titularidad del patrimonio dado en fideicomiso testamentario es erga omnes, (válido frente a todos como lo son los terceros), incluso frente al testador fideicomitente que pierde la titularidad a favor del fiduciario.

6.- INEMBARGABILIDAD DEL PATRIMONIO CONSTITUIDO EN FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

Hay que tomar en cuenta que el testador o fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario para que los posea en ese carácter y disponga de ellos conforme con lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso.

Considero que los autores de la L.G.T.O.C. tuvieron la intención de legislar en el sentido de que la institución fiduciaria fuera la única titular de los bienes y derechos afectados en fideicomiso testamentario. De la lectura de los arts. 351 y 352 de la L.G.T.O.C., así lo dan a entender; el primero expresa que con relación a los bienes afectados a dicho fideicomiso, sólo pueden ejercitarse los derechos y acciones que al mencionado fin se refiere, lo que dá a entender que el testador o fideicomitente no tiene ya en realidad, ninguna intervención en relación a esos bienes y derechos, y por consiguiente tampoco los acreedores del de cujus; la última parte expresa que los terceros únicamente pueden tener dere

cho con relación a esos bienes cuando ese derecho se deriva o sea anterior a la constitución de dicho fideicomiso. El art. 352 de la L.G.T.O.C., previene que la constitución del fideicomiso deberá -- constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisiones de la titularidad de los bienes y derechos que se den en fideicomiso testamentario a la fiduciaria; y el art. 353 de la L.G.T.O.C., aclara todavía mas el concepto diciendo que cuando los bienes sean inscribibles, deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos - contra terceros.

Todos estos preceptos, nos inducen a pensar que el espíritu de nuestro legislador fué el que la titularidad quedara forzosa e inevitablemente transmitida a la fiduciaria y de que apareciera en el Registro Público de la Propiedad con relación a terceros y a todo el mundo como la única titular de los bienes y derechos afectados al fideicomiso testamentario para que la fiduciaria cumpla - exactamente los fines establecidos en el acto constitutivo del mismo.

Pues bien, sobre un bien sujeto a fideicomiso testamentario no se puede pactar ningún embargo, toma de posesión, diligencias precautorias o cualquier otra que impida la realización del fideicomiso testamentario, atento a lo dispuesto en el art. 351 de

la L.G.T.O.C., que a la letra dice: "Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectados al fin que se destinan y, en consecuencia sólo podrá ejercitarse los derechos y acciones a que el mencionado fin se refiera, lo que quiere decir que los terceros no pueden ejercitar ningún derecho contra el bien dado en fideicomiso testamentario".

El adquirente del bien o derecho que es la fiduciaria, no disminuye, ni aumenta su patrimonio y por ello en caso de embargo del fiduciario, el bien o derecho dado en fideicomiso testamentario no ingresará a la masa de la duda. (129)

Considero que la inembargabilidad del patrimonio dado en fideicomiso testamentario tanto la ley comercial como la procesal que en este caso se aplica supletoriamente en lo que no se oponga a aquella ley: ambas leyes tienen lagunas al no haber sido previstas por el legislador que bajo el imperio de la misma se regulará la inembargabilidad de dicho patrimonio. Considero que en la ley hay lagunas pero no en el derecho, en este caso concreto se puede colmar por medio de la doctrina que es imperante y así se concluye que el patrimonio fideicometido es inembargable; toda vez que dichos bienes y derechos como hemos visto, quedan afectos al destino

(129) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, J. Ob. Cit. p. 121,

lícito determinado, manifestando libremente por el testador fideicomitente en su última voluntad que lo hace por fideicomiso. Porque en este caso el patrimonio fideicometido por su propia naturaleza se transmite a la fiduciaria y así dicho patrimonio es autónomo e independiente, tanto del testador fideicomitente, del fiduciario, como de los herederos fideicomisarios.

7.- EL FIDUCIARIO Y EL ALBACEA TESTAMENTARIO.

Las personas que formulan un testamento se encuentran con el problema de designar a la persona que se encargue de ejecutar su última voluntad para después de su muerte, o sea, el albacea, es decir, una persona física, para la ejecución de esta última voluntad depende no sólo de la habilidad de la persona designada, sino también de su capacidad; estas personas físicas pueden sufrir eventualidades, pueden viajar, enfermar, inclusive morir, con lo cual la voluntad del testador no se cumpliría en el tiempo que él hubiera deseado, tendría que someterse su testamento al sucesor -- del albacea, que está sujeto como toda persona física a toda clase de eventualidades.

A través del fideicomiso testamentario, se ofrece la solución a estos problemas, nombrando albacea a una institución fiduciaria, la cual siendo una persona moral, no está supeditada a ni

guna eventualidad como las personas físicas, por su existencia permanente, con lo cual el testador o fideicomitente puede estar seguro de que con toda certeza se realizará su última voluntad y el acervo hereditario será designado a los fines que establezca en su última voluntad.

Los inconvenientes de la designación de las personas físicas, generalmente legadas a intereses familiares indeterminados, se evitará siendo el albacea o executor una institución fiduciaria. Además, el fin común y exclusivo está en cumplir estrictamente la voluntad del testador o fideicomitente, para cuyo efecto, aun a su experiencia y su capacidad técnica a su solvencia moral y su duración permanente.

Las instituciones fiduciarias en ocasiones aconsejan al testador los términos mas convenientes para la expresión de su última voluntad. Así como constituyen las condiciones de ejecución del fideicomiso testamentario, antes de aceptar el cargo de albacea. (130)

(130) HERNANDEZ A., O. Ob. Cit. p. 325.

8.- PUBLICIDAD DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

El fideicomiso testamentario no es lo suficientemente conocido. El desconocimiento de esta figura jurídica es debido a su falta de promoción adecuada por parte de las instituciones fiducias, Notarios y Abogados que no lo dan a conocer en forma sencilla al público en su funcionamiento, utilidad y ventajas.

El incremento de la aplicación práctica de cualquier institución jurídica, aunque sea benéfica, siempre será lenta y se desarrollará mayor o menormente según los interesados estén familiarizados o no en esta institución.

Se necesita hacer un estudio y mejorar la promoción para que toda persona esté en capacidad de conocer el fideicomiso testamentario, para que reconozca su importancia, su evidente utilidad y con ello acostumbrarse a su uso. Conocida dicha institución, aumentaría el número de fideicomisos testamentarios. Esta figura jurídica debe ser un acto rutinario entre las personas como lo es el contrato de mutuo, la donación, el depósito o el mandato.

Otro obstáculo lo encontramos en la ignorancia de nuestra gente que repudia a las instituciones bancarias, en la desconfianza, en el temor a lo desconocido. Así es como vemos que un enorme

sector humano del país, huye de cualquier práctica bancaria para ejercitar con sus capitales actos mas sencillos, evitando la asistencia a las instituciones de crédito, donde firmarían papeles que no entenderían al leerles e ignorarían las consecuencias jurídicas que tales actos le reportarían.

Si los funcionarios fiduciarios pudiesen hacer un relato de los beneficios recibidos para los fideicomisarios a través del servicio profesional del fideicomiso testamentario, se encontraría que el patrimonio de muchas familias ha sido conservado sano, que los hijos han sido guiados en la selección de sus escuelas preparándolos para su adecuada iniciación en la vida, y que los beneficiarios han sido salvados de crisis financieras en que sin esta guía quizá hubiera sufrido un desastre su patrimonio. (131)

Es aconsejable que se promulguen nuevas leyes adecuadas y completas así como reglamentos que regulan los fideicomisos testamentarios, así se coadyuvará a la protección y desarrollo de las operaciones mercantiles y civiles con lo cual se crearía una mejor y fructífera actividad económica de los patrimonios familiares.

Considero que el fideicomiso testamentario tiene multi---

(131) PRIMER CONCLAVE SOBRE FIDEICOMISO. Ob. Cit, p. 67

ples aplicaciones por lo siguiente:

- a) Por la extraordinaria flexibilidad y adaptación del fideicomiso testamentario a todo género de negocios y de actos humanos.
- b) El incremento de muchos departamentos fiduciarios será atribuible en gran parte a la publicidad de su personal para comprender y entregarse sin egoísmos y con constancia a esta importante fase de la administración del fideicomiso testamentario; y
- c) La administración de un patrimonio de fideicomiso testamentario por la institución fiduciaria no es un acto mercantil en frío, --- sino que comprende que el testador ha dejado la realización de un lícito y determinado, así mismo que sus bienes sean administrados para el bienestar de los que dependen de él. (132)

Es posible subrayar la manifiesta utilidad del fideicomiso testamentario, mediante él se puede:

- a) Conservar el patrimonio familiar, asegurando los capitales de los menores y de los incapacitados;
- b) Obtener mayor provecho de la propiedad, libertad de los gravámenes que pesan sobre ella;
- c) Lograr la realización de objetivos mediatos, destinando el patrimonio fideicometido a la consecuencia de fines benéficos;

(132) PRIMER CONCLAVE SOBRE FIDEICOMISO. Ob. Cit. p. 69

d) Proteger a los herederos fideicomisarios en el disfrute de los beneficios del patrimonio del fideicomiso testamentario al sus--- traer del patrimonio de éste del alcance de los acreedores comu--- nes;

e) Lograr que el heredero fideicomisario disfrute de los productos del bien fideicometido sin necesidad de que tenga la propiedad in- mediata del mismo;

f) Lograr la independencia económica del cónyuge supérstite insti- tuído como heredero fideicomisario. (133)

g) Estos fideicomisos testamentarios tienen gran utilidad, que --- tienden a proteger los patrimonios de personas que son incapaces, son inexpertos en los negocios;

h) La utilidad que reporta este tipo de fideicomisos en términos - generales consiste en la garantía de que, a la muerte del interesa- do sus bienes y derechos serán manejados, administrados y vigila-- dos en forma sana, productiva, competente y profesional en benefi- cio de la o las personas que designe el propio interesado; y

i) Otra es que mediante éste se vitan las molestias de seguir un - juicio sucesorio que es bien sabido que podría durar varios años. (134).

(133) HERNANDEZ A., O. Ob. Cit. p. 284.

(134) HERNANDEZ A., O. Ob. Cit. p. 291.

CONCLUSIONES

- 1.- El antecedente de nuestro fideicomiso es el Trust angloamericano. Nuestro fideicomiso tiene características propias que lo distinguen y lo hacen diferente de sus fuentes.
- 2.- El fideicomiso se constituye por una declaración unilateral de voluntad.
- 3.- El testamento es un acto jurídico formal por cuanto a los requisitos que la ley solicita por cada tipo de testamento. Para que éste sea válido es necesario que intervenga la voluntad del testador en cuanto a la disposición de sus bienes y derechos, pudiendo declarar o cumplir deberes para después de su muerte.
- 4.- El testamento puede ser escrito y excepcionalmente verbal. El testador tiene el derecho de revocar su testamento cuantas veces lo desee.
- 5.- El fideicomiso testamentario es constituido por una persona llamada fideicomitente o testador, por una declaración de voluntad, el cual transmite la titularidad de sus bienes o una parte de ellos a una Institución Fiduciaria para que realice -

el fin lícito y determinado en provecho de uno o varios herederos o fideicomisarios. Así mismo la institución fiduciaria tiene la obligación de entregar al o a los beneficiarios, el patrimonio fideicometido una vez cumplida la condición o el término de duración impuesta a éstos por el testador fideicomitente.

6.- El fideicomiso testamentario es de naturaleza mercantil y exclusivamente bancario.

7.- El fideicomiso testamentario puede constituirse en favor de incapacitados, ya sean menores de edad o enajenados mentales, de no nacidos, de personas desconocidas e inclusive para constituir una persona moral, como es el caso de una fundación.

8.- El fideicomiso testamentario no se ha desarrollado en la práctica diaria. Es necesario que las instituciones fiduciarias, los notarios y los abogados lo promuevan, dándolo a conocer al público para beneficio y seguridad de los destinatarios.

9.- Asegura el fideicomiso testamentario al testador el manejo de sus bienes y derechos que deja para después de su muerte, ya que éstos serán manejados por una institución fiduciaria.

10.- La Institución materia de este estudio beneficia a los herederos fideicomisarios por cuanto a que no tendrán necesidad de llevar a cabo todos los trámites que forman las cuatro secciones sucesoriales, compuestas de los cuadernos necesarios a que se refiere la Ley Procesal Civil, donde la duración de este tipo de juicios son largos y ademas costosos.

Obviando conflictos de posibles intereses opuestos entre los interesados que provocan que sean interminables la liquidación del patrimonio hereditario, pues por el contrario los beneficia con una recta administración de los bienes por la fiduciaria, hasta lograr los fines del fideicomiso.

11.- Beneficia al país porque en los casos de constitución de fideicomisos testamentario que importen volúmenes económicos trascendentes, el profesionalismo de la institución fiduciaria en el manejo de empresas, producción y capital, evitarían si éstos son manejados por albaceas inexpertos o de mala fe, que cayeran en la ruina, evitando quiebras, suspensiones de pagos, malos manejos de dinero de empresas y sobre todo el desempleo de sus trabajadores de no estar éstas comprendidas bajo la protección del fideicomiso.

BIBLIOGRAFIA

AUTORES CITADOS

- 1.- ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S. A. México 1980.
- 2.- AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. -- Editorial Porrúa, S. A. México 1980.
- 3.- ALFARO, Ricardo J. Dr. Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil en curso monográfico de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, Cuba, La Habana 1948.
- 4.- ARCE Y CERVANTES, José. De las Sucesiones. Editorial Porrúa, - S. A. México 1983.
- 5.- Asociación de Banqueros de México.
- 6.- BARRERA GRAF, Jorge. Elementos de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S. A. México 1967.
- 7.- BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de la Obligaciones. Edi-

torial Porrúa, S. A. México 1982.

- 8.- BATIZA, Rodolfo. El fideicomiso. Editorial Porrúa, S. A. México 1980.
- 9.- BATIZA, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración fiduciaria. Editorial Porrúa, S. A. México 1977.
- 10.- BATIZA, Rodolfo. Tres Estudios Sobre el Fideicomiso. Imprenta Universitaria. México 1954.
- 11.- CALOGERO, Gargi. Las Sucesione Testamentaria, Editorial Graffre., Milán 1952.
- 12.- CALRET Y MARTI, Pompeyo. De la Fiducia y del Trust. Estudio de Derecho Comparado de Bosch. casa Editorial, Barcelona ---- 1946.
- 13.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. -- Editorial Herrera, S. A. México 1961.
- 14.- DE PINA, Rafaél. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, -- S. A. México 1976.

- 15.- DE PINA, Rafaél. Elementos de Derecho Civil Mexicano (Bienes-Sucesiones). Editorial Porrúa, S. A. México 1980.
- 16.- PETIT, Eugéné. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Saturnino Calleja, S. A. Madrid 1924.
- 17.- FLORIS MARGADANTS, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge, S. A. México 1977.
- 18.- FORNIELES, Salvador. Tratado de las Sucesiones. Editorial --- Ediar, S. A. Editoriales. Tomo I. Buenos Aires 1950.
- 19.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, Parte General, Personas-Familia. Editorial Porrúa, S. A. México 1979.
- 20.- GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho.- Editorial Porrúa, S. A. México 1959.
- 21.- GOLSCHIMIDT, Roberto. El Fideicomiso (trust) en el Derecho -- Comparado (especialmente americano). Editorial Arayú. Buenos Aires 1954.
- 22.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. El Patrimonio, Editorial Cajica. Jr., S. A. Puebla, Pue. 1971.

23.- HERNANDEZ A., Octavio.

24.- IBARROLA DE, Antonio. Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa, -
S. A. México 1980.

25.- JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo III. Volumen II. Libera-
lidades. Editorial Bosch y Cía, Buenos Aires 1951.

26.- Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Edi-
torial Fomento Cultural Somex. México 1982.

27.- LEMUS GARCIA, Raúl. Derecho Romano (Personas-Bienes-Sucesio--
nes). Editorial Limsa. México 1964.

28.- LIZARDI ALBARRAN, Manuel. Ensayo Sobre la Naturaleza Jurídica
del Fideicomiso. Tesis Profesional. UNAM, Facultad de Derecho,
México 1945.

29.- MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Par-
te III. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bue--
nos Aires 1960.

30.- MOLINA PASQUEL, Roberto. Los Derechos del Fideicomisario. Edi-

torial Jus, S. A. México 1946.

31.- MUÑOZ, Luis. El Fideicomiso. Cárdenas. Editor y Distribuidor. México 1982.

32.- PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo II. Editorial Cultural, S. A. La Habana - 1946.

33.- POLACCO, Vitorio. De las Sucesiones Legítimas y Testamentarias. Tomo I. Editorial Bosch, S. A. Buenos Aires 1950.

34.- Primer Cónclave Sobre Fideicomiso. Editado por los representantes de la Asociación de Banqueros de México, A. C. México 1943.

35.- Primer Cónclave Sobre Fideicomiso, ST, Louis Missouri 1943.

36.- Rabasa, Oscar. El Derecho Angloamericano, Editorial Porrúa, - S. A. México 1982.

37.- REBORA, Juan Carlos. Las Sucesiones, Tomo I. Editorial Arayú, Buenos Aires 1956.

- 38.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. México 1970
- 39.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IV. Sucesiones. Editorial Porrúa, S.A. México 1976
- 40.- VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Los Contratos Mercantiles. Editorial Porrúa, S.A. México 1985
- 41.- VILLAGORDOA, José Manuel. Breve Estudio Sobre el Fideicomiso y Doctrina General del Fideicomiso. Ed. Porrúa, S.A. 1954 y - 1982

AUTORES CONSULTADOS

- 1.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Ed. Porrúa S.A. México 1975.
- 2.- LEPAULLE, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trust. Editorial Porrúa, S.A. México 1975.

REVISTAS

- 1.- ARCE Y CERVANTES, José. Un ensayo sobre el fideicomiso testa--

mentario. Revista de Derecho Notarial Asociación Nacional del -
Notariado, A. C. México 1972.

- 2.- Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho,
México 1980.
- 3.- SANCHEZ MEDAL, Ramón. La Verdadera Naturaleza Jurídica del Fi--
deicomiso en México. Revista de Investigaciones Jurídicas. Año
4. N° 4. México 1980.
- 4.- Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho.
México 1980.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- 1.- Diccionario Enciclopédico HACHETTE CASTEL. Ediciones Castel. To
mo V. España 1981.
- 2.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Omeba Edi-
tores-libreros. Buenos Aires 1964.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

- 1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- 2.- El Código Civil para el D.F. en Materia Común y para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- 3.- Código de Procedimientos Civiles para México, D.F.
- 4.- El Código de Comercio.
- 5.- Exposición de Motivos de la Ley Genral de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.
- 6.- Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.
- 7.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.
- 8.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.
- 9.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985.
- 10.- Amparo Directo. 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977. p. 176. Apéndice al Semanario Judicial de -

