



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"**

NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

**EL FIDEICOMISO COMO FIGURA JURIDICA
ESPECIAL EN LAS SUCESIONES**



ENEP ARAGON

D-6

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
EDITH ALICIA GONZALEZ MARTINEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL FIDEICOMISO COMO FIGURA JURIDICA ESPECIAL
EN LAS SUCESIONES



A mis Padres:

MATEO GONZALEZ GARRIDO

y

ALICIA MARTINEZ JUAREZ

Con inmenso amor y
eterno agradecimiento.

A mi hermano:

MATEO GONZALEZ MARTINEZ

Por su apoyo y estímulo
que siempre me ha demostr
trado.

A mi Madrina:

FANNY MARTINEZ JUAREZ:

Con sincero cariño y -
admiración.

Cariñosamente a mis Abuelitas:

CARMEN JUAREZ VDA. DE MARTINEZ Y
GUADALUPE GARRIDO VDA. DE GONZALEZ.

AL. Líc. RAYMUNDO QUINTERO SANCHEZ
ASESOR DE LA PRESENTE TESIS.
POR HABERME GUIADO EN LA ELABORA--
CION DE ESTE TRABAJO.

Con aprecio para:
BLANCA ESTELA ZARRAGA P.
Por su amistad invaluable.

INDICE

INTRODUCCION	1
--------------------	---

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DEL FIDEICOMISO

.....	4
-------	---

- A. DERECHO ROMANO.
- B. DERECHO ANGLOSAJON.
- C. DERECHO MEXICANO.

CAPITULO II

EL FIDEICOMISO EN MEXICO

.....	34
-------	----

- A. CONCEPTO;
- B. NATURALEZA JURIDICA;
- C. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO;
- D. ALGUNAS APLICACIONES DEL FIDEICOMISO.

CAPITULO III

EL DERECHO DE SUCESION

.....	60
-------	----

- A. CONCEPTO DE SUCESION:
- B. CLASES DE SUCESION:
 - 1. Testamentaria
 - 2. Legítima
- C. DISPOSICIONES COMUNES A AMBAS CLASES DE SUCESIONES.

78
NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

CAPITULO IV

APLICACION PRACTICA DEL FIDEICOMISO EN SUBSTITUCION DE JUICIOS TESTAMENTARIOS

.....	111
A. EL ALBACEA Y LA INSTITUCION FIDUCIARIA;	
B. SEMEJANZAS ENTRE EL FIDEICOMISARIO Y EL HEREDERO O LEGATARIO;	
C. CONVENIENCIA DE LA REGLAMENTACION DEL FIDEICOMI- SO EN DERECHO CIVIL EN MATERIA DE SUCESIONES.	
CONCLUSIONES	151
BIBLIOGRAFIA	153
LEGISLACION CONSULTADA	157

INTRODUCCION

El deseo de conocer el fideicomiso de reciente introducción en México, me impulsó a escoger este tema tan interesante, - en razón a la importancia y amplitud que ha alcanzado entre nosotros el desarrollo del mismo.

Pero no es mi intención presentar en este trabajo un estudio exhaustivo sobre el fideicomiso y más aun sobre el derecho sucesorio, que a pesar de existir poca reglamentación sobre el -- primero, ambos temas son en nuestra época muy amplios y ya tratados por diversos autores de gran prestigio. Pero es menester para el propósito que me anima realizar un estudio generalizado respecto de las citadas materias, en virtud del tema que me ocupa.

Etimológicamente la palabra fideicomiso se deriva del - vocablo latino "fideicomiso", hablative de "fideicommissum", cuyas raíces son fides, que significa fe y commissum, participio pasivo de committo confiar; éste término a su vez se descompone en dos vocablos; cum, que indica con mitto, enviar.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, asienta que la palabra fideicomiso, es un término forense, -- que indica una disposición testamentaria por el cual el testador deja su hacienda encomendada a la fe de alguno para que ejecute - su voluntad.

El significado etimológico y gramatical de una palabra es muy útil conocerlo, ya que muchas veces nos permite captar la idea original, por así decirlo, o más general e implícita en el - término que sirve para designar una institución; lo cual nos facilita comprender el concepto y sentido particular de ella dentro - del terreno jurídico. Más útil, cuando los nombres se mantienen - en el tiempo, pero su connotación científica se ha restringido, ampliado o modificado por la evolución que a través del tiempo --

ha sufrido la idea o institución que al principio denominaban por su transformación parcial unas veces y otras completa y más aun - cuando se encajan ideas o instituciones extrañas que tienen poca tradición en el medio y que se abarcan con el mismo nombre, por falta de vocablo propio para designar la nueva institución o por el deseo de mantener la lengua libre de anglicismos, resultando - así que esos vocablos no dan ya una idea propia y clara de las -- instituciones actuales que designan.

En México, el término fideicomiso ha sido ya aceptado - en su nueva ascepción, sin embargo el fideicomiso moderno, como lo regulan nuestras leyes, tiene más parentesco y similitud con las instituciones inglesas y norteamericanas del "Trust", así como lo veremos en el curso de este trabajo, que con el clásico fideicomiso romano, a cuyo concepto nos hemos referido etimológicamente, - porque su significado original tiene de común con la noción moderna, la idea de confianza que adquiere especial énfasis en el "Trust" o fideicomiso actual tal como se conoce en los países anglosajones.

He dividido este trabajo en cuatro capítulos principales para su mejor intelección: I.- Estudiaré los orígenes o antecedentes del fideicomiso tanto en Roma como en la legislación inglesa. II.- Haré un breve estudio sobre el fideicomiso actual, en nuestro país, señalando los elementos y naturaleza jurídica que lo -- constituyen. Así también hago referencia sobre las más usuales -- aplicaciones prácticas que de él se conocen. III.- Analizo el derecho sucesorio, preferentemente a la sucesión testamentaria de - la legítima, en razón de la importancia que reviste para la elaboración de la presente tesis, sin dejar de hacer breve mención sobre ella. Finalmente en el capítulo cuarto trataré de exponer los motivos que considero convenientes para la reglamentación del fideicomiso en materia de sucesiones como figura jurídica especial.

Por tanto emprendo el estudio, de este tema deseando en lo futuro sea incluido en el campo del Derecho Civil en Materia - de Sucesiones, para así dar la oportunidad al testador de optar - por la realización de un testamento o bien la celebración de un - fideicomiso que presentará ventajas que beneficiarán en lo subse-
cuente a nuestra colectividad.

CAPITULO I

1. EVOLUCION HISTORICA DEL FIDEICOMISO

- A. DERECHO ROMANO.
- B. DERECHO ANGLOSAJON.
- C. DERECHO MEXICANO.

CAPITULO PRIMERO

EVOLUCION HISTORICA DEL FIDEICOMISO

Doy principio a este estudio, acerca del fideicomiso en México en materia de sucesiones, haciendo un breve análisis de su evolución histórica a través de determinadas legislaciones del mundo.

Para hablar del fideicomiso en su evolución es menester recordar que en otras legislaciones es conocido con el nombre de TRUST, aunque ha sido utilizado con características propias en cada una de estas; que ya iremos estudiando.

Pues no debemos olvidar lo dicho por el Maestro Rodolfo Batiza, quien menciona que "El Fideicomiso mexicano no tiene relación directa alguna de filiación con el TRUST, ni tampoco incorpora principios o doctrinas que sean características de éste, salvo una excepción (sobre las fuentes de nuestra legislación). Pero, si en su estudio nos encerráramos dentro del cuadro jurídico propio y en las corrientes inmediatas de influencias, la labor sería incompleta puesto que perderíamos las valiosas enseñanzas de una rica experiencia que se ha venido sedimentando en el trust a través de siglos de evolución". (1)

Debe señalarse que la figura jurídica "fideicomiso" es reciente, así como también que se encuentra indirectamente relacionada con el trust y que por lo tanto será necesario hacer un somero exámen del mismo para la mejor comprensión de este capítulo. Ya que el fideicomiso trata de llenar algunas funciones desempeñadas por el trust, en los países tales como: Inglaterra, Estados Unidos y los integrantes de la Comunidad Británica de Nacio--

(1) RODOLFO BATIZA: "El Fideicomiso"; Ed. Porrúa, S.A. México, 1980; p.p. 20 y 21.

nes.

Para algunos autores el trust, tuvo su origen en el USE, el cual consistía en un acto celebrado entre vivos o bien por medio de un testamento, en el cual se realizaba la transmisión de tierras a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho de un beneficiario o cestui que use.

El origen de los usos como antecedente del trust, ha suscitado muchas controversias, pues los autores no logran ponerse de acuerdo en cuanto a este, por lo cual han surgido algunas hipótesis al respecto, entre las cuales es atribuído el derecho romano.

A. DERECHO ROMANO

Antiguamente en Roma, fue conocida una figura jurídica denominada Fideicommissum, que era aplicada con fines distintos al fideicomiso de nuestros días.

En el siglo XVII, Bacon sostenía que lo más semejante al uso, era la fideicommissio, sin pretender con esto, encontrar ahí su origen. Dos siglos más tarde aparece Keeton, afirmando que el uso era la contrapartida del usufructo o del fideicomiso romano, aún cuando en este mismo siglo, existieron autores como Perry, señalando que el antiguo fideicomiso, había sido el modelo del uso. A este respecto comenta Keeton, que de acuerdo a las posteriores investigaciones de Maitland, se demostró, que el uso es un término derivado de Ad opus, más no de la expresión Ad usus, deduciendo por tanto, que no se originó en el derecho romano. No por esto debemos olvidar que las citadas investigaciones, se refieren exclusivamente al usus usufructos, más aún no, al fideicommissum. Por su parte el maestro Batiza, a este respecto manifiesta, que no obstante lo anterior, no debe asignarsele al uso el origen romano.

Inicialmente el fideicomiso celebrado en Roma, fue el llamado mortis causa, utilizado para los casos, en que el testador

deseaba dejarle a una persona, con la cual no tenía la testamenti factio (capacidad para recibir por testamento de extranjeros, libertos, personas inciertas, etc., -también designaba la capacidad de testar-), bien fuera una cosa determinada, o bien la sucesión en todo o en parte, es decir: "El fideicomiso era una súplica, di rigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. La forma normal que tomó en el derecho romano era el del fideicomiso mortis causa, en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario el heredero o el legatario; y el fideicomisario, un tercero" (2)

La entrega que debía hacer el heredero o legatario en su calidad de fiduciario, no siempre debía ser inmediata, y durante este tiempo el fiduciario podía gozar el objeto en cuestión, a este tiempo se le denominó intervalo de propiedad fiduciaria, el cual se encontraba sujeto a una condición o un término resolutorio.

En cuanto a su forma no revestía alguna, por eso se conocía como verbis precativis, de ahí que únicamente se basara en la bona fidei -buena fé- del fiduciario y por lo tanto no existían sanciones jurídicas a este, ya que su cumplimiento fue únicamente de carácter moral.

Más tarde el incumplimiento de estos se hizo frecuente, por los fiduciarios deshonestos, provocando escándalos que representaban una ofensa para la opinión pública; fue entonces cuando el emperador Augusto, ordenó a los cónsules se encargaran de su ejecución, y desde Claudio esta medida pasó al derecho, nombrando

(2) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO: "El Derecho Privado Romano": Ed. Esfinge, S.A.; México, 1975: p. 501.

se dos pretores especiales -praetor fideicommissarius que vigilaran su debido cumplimiento. Así fue como el ámbito del fideicomiso pa-so de lo moral al derecho.

En la época de Vespasiano, los principios de la Ley Fal-cidia se extienden también a los fideicomisos, causando algunos -- problemas que ya estudiaremos más adelante. Es en la época de Adriano cuando se declaran incapaces para recibir fideicomisos, a los - peregrinos y a las personas incertae, también consideradas incapa-ces para recibir herencias y legados.

El fideicomiso de aquel entonces, presentaba la caracter-fística, de designar, desde el momento de su celebración a los fi-deicomisarios subsecuentes (es decir a los beneficiarios), del fi-deicomisario. A esta substitución se le denominó, substitución fi--deicomisaria, gracias a la cual una persona podía dejar estipulado el destino de sus bienes a través de varias generaciones, dicha -- substitución fue cambiante, respecto al número de generaciones de--signadas por el fideicomitente. Así tenemos, por ejemplo que en la época clásica, solo se permitía la substitución fideicomisaria por una generación; en tiempos de Justiniano, fue permitida hasta por cuatro generaciones; y en la Edad Media, en la cual no hubo limitación alguna, se realizaron las substituciones fideicomisarias, por número indefinido de generaciones, situación que vino a provocar - el surgimiento del mayorazgo, utilizado con el fin de que importantes bienes no salieran de una familia determinada. Más tarde con - el movimiento de la revolución francesa de 1789, se logró suprimir tales disposiciones, por ser consideradas contrarias al principio de la libre circulación de los bienes.

En cuanto a la culpa, el fiduciario solo era responsable de la culpa in concreto. Otra ventaja más para el fiduciario, era la de poder retener, en el momento de la entrega de los bienes ---

-restitutio- la cuarta trebelliana, que más adelante estudiaremos. Se utilizaba el fideicommissum eius quod superfuturum erit, para -- los casos en los cuales se deseaba, que el fiduciario viviera a costa de la herencia, de acuerdo a su rango social, entregando al fi-de-co-mi-s-a-r-i-o, únicamente el saldo de los bienes fideicomitados a su cargo, ya fuese al momento de su muerte, o bien al cumplimiento de una condición a término. Debido a que en la actualidad, todavía - - existen países en los cuales es permitida la sustitución fideicom-s-a-r-i-a, esta última forma de fideicomiso, es utilizada en nuestros - días, siendo este uso reciente, mismo que se ha generado con motivo de las excesivas cargas fiscales, que se gravan a ingresos obteni-dos por inversiones de capital, uno de estos países es Holanda. Utilizandose por ejemplo, para el caso en el cual, una persona que de-se-a, a su muerte, quede su patrimonio en manos de un pariente col-a-t-e-r-al como lo es un primo, y el usufructo que se produzca sea para su esposa, por ser sus seres más preciados; pero como ya hemos indi-ca-d-o, este usufructo sería gravado severamente por el fisco, lo con-du-ce-n-te será realizar un fideicomiso en el cual, la viuda para no desampararla se quede como heredera y titular de una propiedad fidu-ci-a-r-i-a, debiendo transmitirla en el momento de su muerte al fi-de-co-mi-s-a-r-i-o, o sea el primo del fideicomitente, no en su totalidad, si-no únicamente el saldo. Por lo cual es llamado también Fideicomiso de residuo.

De acuerdo al objeto del fideicomiso, este podía ser uni-versal o particular; el primero fue también llamado fideicomiso de herencia, ya que este tenía por objeto la totalidad o una cuota-par-te de la sucesión; y los fideicomisos particulares, solo tenían por objeto cosas consideradas a título particular. En cuanto a la forma ambos revestían la misma, como ya veremos en la siguiente exposi-ci-ón. Y en cuanto a sus efectos estos fueron modificados, desde el

derecho antiguo hasta Justiniano, quien de acuerdo a algunos autores, únicamente funde las disposiciones dictadas con anterioridad por los senadoconsultos Pagasiano y Trebeliano.

Analizaremos en primer término al fideicomiso a título universal, o por una cuota-parte de la sucesión, desde el punto de vista del derecho antiguo, y así observamos que "El heredero solo es el instituido, y continúa la persona del difunto, y, por lo tanto, el fideicomisario, el único derecho que tiene es exigir la restitución de la herencia; si la liberalidad alcanza sobre el todo". (3). Se efectuaba entonces una restitución de los bienes de la herencia, a favor del fideicomisario, recibiendo los en forma diferente según se tratase de cosas corporales o de créditos y deudas; en el primer caso el heredero debía hacerle una transmisión al fideicomisario dejándole, tomar posesión de los bienes, para que de esta manera, se convirtiera en propietario de los mismos, o bien solo recibía el usufructo si así lo ameritaba la naturaleza de los bienes fideicomitados. Y en el segundo, se realizaba una compra-venta de la sucesión, es decir el heredero vendía al fideicomisario la sucesión, fijando un precio determinado, pero el cual no recibía aquél pues se trataba de un precio ficticio, nummo unno, realizándose después las estipulaciones *Emptae et venditae haereditatis*, utilizadas entre el heredero y el fideicomisario, como vendedor y comprador de la herencia respectivamente. En virtud de las cuales, ambos se comprometían el uno para con el otro; por su parte el heredero, a restituírle al fideicomisario, los créditos a favor de la sucesión que le sean liquidados; en tanto que el fideicomisario, prometía darle una cantidad de dinero, que fungía como in

(3) EUGENE PETIT: "Tratado Elemental de Derecho Romano". Ed. Nacional; México, 1976; p. 580.

demnización, para el pago de las deudas que comprendiera la suc-
sión. En caso de incumplimiento de alguna de las partes, la otra
podía exigir mediante la acción ex stipulatu, la ejecución de las
ya mencionadas promesas.

En otras ocasiones, fue menester utilizar otro tipo de -
estipulaciones, también aplicables a los legados, denominadas par-
tis et pro parte, estas operaban en los fideicomisos que tenían -
por objeto únicamente una cuota-parte de la herencia, y por las -
cuales el heredero exigía del fideicomisario, una contribución --
proporcional, en caso de tener que liquidar una deuda de la herenci-
cia y a su vez el fideicomisario, exigía de aquél una participaci-
ción proporcional, en cada crédito de la herencia que el heredero
cobrara. Propiciandose con esto una dependencia de la buena fé, -
así como de la solvencia de la parte contraria, hasta la total liquidación
de los créditos y deudas de la herencia. De lo cual se
desprende la posible pérdida del heredero; tratándose de fideicomi-
miso a título universal, el heredero no ganaba nada, impidiéndole
así hacer adición, situación desventajosa para las personas que -
se encontraban en este supuesto, siendo corregida en los tiempos
de Nerón, por el senadoconsulto Trebeliano, aproximadamente en el
año 568 d. de J.C. Determinando que el fideicomisario puede recibir
bir, la transmisión de un patrimonio, o solo parte del mismo a títu-
tulo universal; de tal manera que el fideicomisario se asimilaba
a loco heredis, debido a que son transmitidas de pleno derecho --
las acciones hereditarias, a título de acciones útiles. Esta situación
tuación le permitía obrar en nombre de la sucesión, y así poder -
cobrar y perseguir de ser necesario, a los deudores de la misma,
así como también responder del pago, de las deudas que exigieran
los acreedores de la herencia. Por lo tanto el fiduciario, solo -
queda con el título de heredero, con las acciones que van unidas

y que ya no tienen utilidad práctica, debido a que contra ellas - se pueden oponer por los deudores, la excepción restitutae hereditatis, teniendo ellos esta misma excepción, en contra de los acreedores de la sucesión. No sucediendo lo mismo en los fideicomisos parciales, en los cuales, estas acciones se dividen entre el fideicomisario y el heredero.

En ocasiones bastaba, un simple acuerdo de voluntades, - entre el heredero (fiduciario) y el fideicomisario, tratándose de cosas corporales, dicho acuerdo, podía ser oral o bien escrito, - por medio de una carta, en la cual manifestaba el heredero su intención de restituirle las cosas, al fideicomisario, quien acepta y antes de haber tomado posesión de las cosas, la tiene in bonis, que significa que la tiene en sus bienes; y en derecho natural debía ser considerado propietario.

De tal suerte, que al ser permitido el fideicomiso universal, como lo hemos expuesto, tanto el heredero como el fideicomisario, ya no tenían por que preocuparse, ni temer su mutua insolvencia. Pero al mismo tiempo resultaba desventajosa la situación para el heredero, quien no ganaba nada, tratándose de fideicomisos a título universal, es decir que alcanzaran la totalidad de la herencia.

Bajo el reinado Vespasiano; época en que se extiende la lex falcidia a los fideicomisos, debido a que muchos testadores - se servían de este para defraudar a la mencionada ley, el senadoconsulto Pegasiano, fue quien adopta esta medida, con la cual se vuelven a tener problemas similares, a los de la época antigua, - como veremos.

Dicho senadoconsulto, declaró que un fideicomiso que alcanzara más del 75% de la sucesión, debía ser considerado legado, aplicándosele la ley falcidia, por la cual el heredero quedaba en

la disposición de retener la cuarta parte neta de los bienes fideicomitidos; o sea que aun cuando se le hubiese designado a una persona, un fideicomiso universal, este solo recibía las tres cuartas partes, asimilándose así a un legatario parciario, dejando de ser un loco heredis, como lo decidiera el senadoconsulto Trebeliano, para convertirse en un loco legatarii. Volviéndose a establecer, las desventajosas stipulaciones partis et pro parte, por no ser el fideicomisario, sino el heredero, quien volvía a responder de los créditos en favor o en contra de la sucesión. Esta desventaja era únicamente para el fideicomisario, pues como ya lo he mencionado la cuarta se calculaba del activo neto, pues al heredero se le daba aparte, lo necesario para cubrir las deudas de la sucesión.

El heredero por su parte, además de retener la cuarta pegasiana, tenía la obligación de hacer la llamada aditio, es decir la adición de los bienes correspondientes al fideicomisario; y en caso de negarse, el senadoconsulto Pegasiano, declaró que en tal situación, el fideicomisario, debía acudir con el heredero, ante el pretor, de quien recibía la orden de hacer la aditio, o bien el pretor mismo la realizaba, perdiendo así el heredero, el derecho a recibir la cuarta pegasiana, de tal suerte que el fideicomisario, recibía todo, aún cuando el fideicomiso solo era parcial. Por tanto volvían a éste todas las acciones que trae aparejada la sucesión.

Siglos más tarde el emperador Justiniano, declara al senadoconsulto Pegasiano derogado, otorgando así, el senadoconsulto Trebeliano, una autoridad exclusiva. Justiniano aficionado a la unificación decide fundir las disposiciones de los ya mencionados senadoconsultos, de esta corrección emite las siguientes reglas; en cuanto al heredero o fiduciario:

1.- El fiduciario, tenía el derecho de retener la quarta salvo en el caso siguiente;

2.- En caso de negarse a hacer la aditio, podía ser obligado por orden del pretor, debiendo restituir todo y,

3.- A excepción del número anterior, si el fiduciario ha restituido todo por error, tenía el derecho de reclamar, lo que hubiese entregado en demasía. (innovación de Justiniano).

Por su parte el fideicomisario:

1.- Debía ser considerado siempre como Loco heredis, aún cuando el fiduciario retuviera la quarta, y por tal motivo sufría reducción el patrimonio fideicomitido.

2.- El fideicomisario deja de tener un derecho de crédito, para adquirir como legatario, un derecho real, teniendo la acción reivindicatio, contra los terceros que adquirieran, aún de buena fe, los bienes de la sucesión, ya sea por enajenación o por hipoteca consentida por el fiduciario, a partir del día en que la restitución deba hacerse en su beneficio. No permitiéndoles a los terceros oponerle la usucapión, ni la excepción de praescription longi temporis.

Las estipulaciones que debían celebrar, el heredero-fiduciario y el fideicomisario denominadas partis et pro parte fueron suprimidas.

Es común encontrar el nombre de quarta trebelliana, no por esto pensemos que fue trebelliano quien la estableció, olvidándonos que fue el senadoconsulto Pegasiano, pero por haber sido suprimido por Justiniano, el nombre se le cambió, dejándole el de senadoconsulto que Justiniano reconoció.

En cuanto a los fideicomisos particulares, diremos, que son aquellos que solo tienen por objeto cosas consideradas a título particular. Estos fueron realizados por el testador sobre cual

quier bien, ya fuera del heredero o de otra persona, para lo cual era el fiduciario, como obligacon a cumplir con el fideicomiso, -- quien debía de adquirirlo para entregarselo al fideicomisario, o bien entregarle una cantidad suficiente o estimacion del bien.

Al igual que el fideicomiso universal, el senadoconsulto Pegasiano establecio, que el heredero que estuviese gravado, - con un fideicomiso particular, podía retener la quarta pegasiana. No teniendo este mismo derecho de retencion los legatarios, a quienes también el testador podía dejar como fiduciarios, no obstante, tampoco podía obligarsele a devolver más de lo que había recibido.

El fideicomiso particular solo tenía por objeto cosas a título particular, sin que el fideicomisario tuviese, ingerencia a título particular, respecto de los créditos o deudas de la herencia; de lo que deducimos que en estos fideicomisos el senadoconsulto Trebelliano no tenía ninguna aplicacion.

Con las reformas de Justiniano, el Fideicomiso particular se equipara a los legados, aunque con algunas diferencias, - - pues únicamente las reglas más generales, aplicables a cada una de estas figuras, fueron en lo sucesivo comunes a ambas. Adquiriendo así el fideicomisario, el derecho a ejercitar las tres acciones; - real, personal e hipotecaria, el cual no tenía antes, pues solo tenía un derecho de crédito. El fideicomiso siguio gozando de ciertas ventajas formales, que no le fueron permitidas al legado; como por ejemplo, el fideicomiso al gozar de libertad de forma, podía realizarse en un testamento o en algun codicilo sin confirmar, en cambio el legado, debía constar en un testamento o bien en un codicilo, siempre que este fuese confirmado. Otra ventaja presentada por el fideicomiso, se suscitaba cuando el testador por medio de un fideicomiso podía libertar a un esclavo, de la propiedad de su heredero, o bien de otro recibiendo el esclavo la libertad por parte del

heredero que se convertía en su patrono, lo cual no era posible - hacer, por medio de un testamento, ya que en este el testador so-lo podía manumitir a un esclavo que fuese de su propiedad.

B. DERECHO ANGLOSAJON

Fue en este derecho precisamente, donde obtuvo un gran - desarrollo jurídico la institución internacionalmente conocida -- con el nombre de Trust; se cree que su origen no proviene del fi-deicomiso romano, sino que debido a sus orígenes históricos y su naturaleza jurídica, para algunos autores, este fue derivado de - una institución inglesa muy antigua, denominada "use", que a su - vez deriva del latín ad opus que significa "en su representación".

El uso fue una figura que se desarrolló en la Edad Me-- dia, los juristas ingleses la aceptaron en forma gradual, a tra-- vés de varios siglos en los cuales se fue estructurando hasta que dar convertida en la institución que actualmente conocemos con el nombre de Trust.

"Más la elaboración jurisprudencial, y parcialmente legis- lativa, que en siglos de desenvolvimiento ha venido modelando al trust e integrando sus principios, no sólo acabó por transformar su primitivo carácter ilícito en una institución reconocida por - el orden jurídico, sino que lo convirtió, además en la aportación anglosajona más valiosa y original al mundo del derecho". (4)

El uso en sus orígenes fue utilizado para eludir restric- ciones, o inconvenientes resultantes del derecho positivo de esa época.

Para Scott, el estudio sobre el origen y desarrollo del trust puede dividirse en cuatro períodos a saber: I. En virtud de que el trust proviene del use, éste período comprende por lo con-

(4) BATIZA RODOLFO: Ob. Cit.; P. 29.

siguiente; desde el primitivo empleo de los usos, hasta principios del siglo XV. II. A partir de este siglo hasta el XVI en que se promulga la Ley de Usos. III. Hasta fines del siglo XVII y, VI. Encierra el desarrollo del trust moderno.

I.- De la aparición de los usos hasta comienzos del siglo XV. Los comentaristas ingleses ignoran a partir de cuando fue utilizado por primera vez el uso, pero algunos como Maitland sostienen que esto sucedió en el siglo XIII. De acuerdo a lo señalado por algunos tratadistas del derecho inglés, la práctica de esta institución fue utilizada originalmente por las corporaciones religiosas de Inglaterra, con el fin de eludir las restricciones a las leyes de Manos Muertas, impuestas en esa época a las fundaciones eclesiásticas y por las cuales estas se encontraban impedidas para adquirir la propiedad sobre bienes raíces; en lo particular a la orden de los franciscanos, ya fuese en lo individual o comunalmente, quienes habían hecho voto de pobreza, debido a lo cual se encontraban impedidos, sin embargo por medio de los usos podían recibir el usufructo.

Esta Ley fue creada a causa del gran poderío alcanzado por el clero durante el siglo XII, debido al acaparamiento de la propiedad por las corporaciones religiosas que llegaba a una cuarta parte de las tierras del país, provocando limitaciones a la circulación de la propiedad, situación alarmante que tuvo como consecuencia necesaria la creación de la Ley de Manos Muertas -- (Statute of Mortmain), de 1217 dictada por el Parlamento de Inglaterra y sucedida por otras leyes posteriores, conteniendo las mismas prohibiciones a las corporaciones religiosas para adquirir o poseer tierras. Lo que provocó la utilización de los usos, ya que entonces se optó por enajenar los bienes a una interpósita persona que fuera de la confianza del clero, para que permiti-



ENEP ARAGON

tiera el uso de las propiedades a las corporaciones religiosas -- traspasándose las como si fueran suyas. De ahí que el único propietario ante el Common Law era el adquirente fiduciario (feoffee to use), para el cual no había restricciones, como consecuencia no violaba, pero si burlaba la citada ley.

En su origen los usos por no estar señalados por el derecho común y dedicados por lo regular al fraude, se encontraban libres de cualquier carga o restricciones inherentes a la propiedad, pero también hallabase desprotegido por la ley, por lo que su cumplimiento se dejaba al arbitrio del "feoffee to use" o fiduciario, es decir, se trataba solo de una obligación de conciencia, como menciona el maestro Rabasa, situación desventajosa para el "cestui que use" o fideicomisario, quien no podía ejercer ninguna acción en caso de incumplimiento.

Los usos lograron extenderse en la época de Enrique V, y como generalmente se utilizaban con propósitos contrarios al orden público, fue menester que el Parlamento se ocupara de ellos, prohibiendo se practicaran en fraude de acreedores y un año después en 1377, declara nulos los actos en que el desposante de tierras transfería a personas desconocidas por lo general a Lords o magnates para su propio uso, con el fin de evitar la restitución a su verdadero dueño. En el año de 1391 se decreta, a favor del soberano las confiscaciones hechas al clero.

II. De principios del siglo a la promulgación de la Ley de Usos. El "use" no estaba solo reservado al fraude, ya que en ocasiones se presentaban situaciones tales como una partida o viaje a tierras lejanas, dejando a una amistad un uso, el cual no cumplía esta persona. Por lo que debido a escándalos creados con este motivo por la opinión pública, y en vista de no poder acudir al Common Law, decidieron presentarse ante el rey, quien delegó -

su autoridad en el Lord Canciller, quien a su vez hubo de delegar las en asesores que formaron una jerarquía de magistrados, pronunciando sentencias conforme a su conciencia y de acuerdo con la equidad, fueron conocidos con el nombre de Cortes de Equity, a quienes los "feoffee to uses" se dirigían, vacilaron en brindarles su apoyo, sucediendo esto hasta 1446.

Inicialmente por imponer los usos una obligación de carácter moral, a la muerte del fiduciario el beneficio del uso se extinguía. Pero ya en el reinado de Eduardo IV y debido al apoyo ya prestado por la equity, se le aplicaron reglas del Common Law relativas a la propiedad, como por ejemplo el derecho del "cestui que use" se transmitía a su muerte a sus herederos. Así como los que reclamaran los bienes del "feoffee" a su muerte ya fueran sus herederos o algún comprador con conocimiento del uso o cualquier adquirente a título oneroso quedaban subordinados a éste.

Debido a la obligación jurídica, ya no moral que presentaba el uso, se requería ser una persona legalmente capacitada para desempeñar la función de fiduciaria y ejercer actos de dominio.

También fueron utilizados en el sistema feudal como una forma de transmisión testamentaria de bienes, pues se recurría, a las enfeudaciones para el uso de aquellos que se encontraban incapacitados para recibir por herencia.

III. De 1535 a fines del siglo XVII, los usos podían transmitirse expresamente, bien por presunción legal, o en forma tácita o presuntiva surgida de los contratos con promesa de venta, y podían instituirse por testamento también.

Debido a esto, los usos habían servido para privar al rey y a los terratenientes de los privilegios disfrutados en el régimen feudal, de tal suerte que en el reinado de Enrique VIII el parlamento se vió obligado a promulgar en 1536 el "Statute of

Uses" o sea la Ley sobre Usos.

Por su parte Lepaulle comenta, que la intención del Legislador era la supresión de los "usos". Ya que todo el principio de la Ley esta consagrado a ennumerar sus inconvenientes. Sin embargo la Ley no los suprimió ni los declaró ilegales. El rey tenía la pretensión de terminar con la dualidad de dominios, el legal reconocido por el derecho común y el beneficioso por el derecho de equidad. Y otorgarle al cestui que use no sólo el usufructo, sino también, las cargas y obligaciones derivadas de la propie-dad, al otorgarle un título legal perfecto, es decir lo convertía en único dueño; quedando así el feoffee to use al margen de todo. De ahí que se diga que la Ley no suprimió al uso, sino que le dió pleno efecto.

Esto fue lo que inicialmente se logró, durante una temporada, pero años más tarde se sucedió una lucha entre el rey Carlos I y sus súbditos, lo que influenció la creación de los usos, más a esto cabe agregar que ya para esos tiempos los principios observados por la Ley eran ya insuficientes, creandose la situación -- que a continuación expongo:

IV. De fines del siglo XVII a la época contemporánea. De bido a la estricta interpretación hecha a Ley sobre Usos, se desprendieron situaciones en las cuales seguían siendo operables los usos, pues no eran reconocidos por esta Ley, subsistiendo en es--tos la dualidad de propiedades ya mencionada, es decir, la legal la tenía el "feoffee to use" y la beneficiosa el "cestui que use" Esto hacía que el título legal no pasara a manos del "cestui que use" y que por lo tanto de acuerdo a la Ley el uso no se ejecuta-ba.

Estas situaciones en las que era inaplicable la Ley son las siguientes:

Tratándose de los llamados usos "activos", que son aquellos en los cuales el "feoffee to use" es el encargado de hacer los cobros y entregar los productos de la cosa al "cestui que use", caso en el cual le reconocía al "feoffee" como dueño del título legal, únicamente con un deber de conciencia que lo obligaba a cumplir con el encargo. No sucediendo así en los pasivos, en los que al "cestui", le permitía el "feoffee" hacer dichos cobros, quedando así el uso ejecutado. De tal suerte que al imponerse un deber activo este no caía bajo la sanción de la Ley y su ejecución quedaba a cargo del Tribunal de Equidad. Y así fueron exceptuando se de los efectos de esta ley los usos activos.

Otra situación fue aquella que se presentaba en los usos instituidos sobre derechos cuya duración se subordinaba a un término, conocidos como Leaseholds, es decir se creaba un uso como condición en un contrato de arrendamiento, y el derecho real derivado de este contrato lo adquiría el arrendatario, la condición señalada quedaba fuera del texto de la Ley, que no afectaba estos derechos por ser considerados de naturaleza mobiliaria y por lo tanto su ejecución era de la competencia del Tribunal de Equidad.

Una situación más. fue la referida a un uso constituido sobre otro uso, la Ley sobre Usos solo surtía efectos en el primero, ya que su fuerza legal se agotaba, por lo cual si una persona traspasaba el dominio a una segunda, para "uso" de una tercera, para "uso" de una cuarta la ley daba efecto legal al primer uso y al segundo ninguno, o sea que al tercero le otorgaba el título legal. La expresión use limited upon a use - un uso no podía limitar otro uso - al parecer se aplicó en el caso Tyrrel en 1557, al dictarse un fallo decidiendo que cuando un uso quedaba ejecutado el segundo escapaba a la aplicación de la Ley. Los tribunales del Common Law no reconocían al segundo uso, más los de Equidad eran

los que se encargaban de estos, dándoles pleno efecto, diciendo - que la persona beneficiada con el primer uso era el propietario - legal y la beneficiada con el segundo era el dueño en equidad, -- subsistiendo el desdoblamiento de los derechos legal y de equidad.

Según Scott ha sido muy criticada la postura de los jueces que intervinieron en este caso, agregando que la ley podía -- evadirse de esa forma, demostrando Ames que la culpa no es de los jueces, sino de los Cancilleres, quienes sostuvieron el principio de que un uso sobre un uso adolecía de nulidad absoluta por ser - aquél repugnante a éste.

"Y de esta manera se restablecieron la vieja institución abolida, en la denominación de trust, y la dualidad de dominios - el "legal", regido por el Common Law, y el "equitativo_ sosteni- do por la equidad " - que la ley sobre Usos se propuso extinguir, lo cual no sólo no realizó, sino que produjo el extraordinario -- efecto contrario de sentar la base legal para que esta institución típica del derecho angloamericano se consolidara permanentemente" (5).

Quiere decir, que debido a las situaciones ya enunciadas y al creciente auge de riqueza mobiliaria, fue menester que el -- Canciller también otorgara efectos jurídicos a negocios semejan- tes a los usos antiguos, que a la postre se les denominó trusts.

Hacia el siglo XVII, el principio de que la equidad si- gue al derecho estricto fue generalmente aceptado, y el Canciller encargado del Gran Sello Lord Nottingham, fue quien le dió un ma- yor impulso logrando así que la figura del Trust, se fuese siste- matizando cada vez más; formandose un sistema jurídico uniforme -

(5) RABASA OSCAR: "Derecho Angloamericano"; Ed. Fondo de Cultura Económica; México, 1944; p.285

y racional, dificultándose la evasión de sus normas.

A través de esta dialéctica jurídica, que con el paso del tiempo se fue corrigiendo, quedó consagrada definitivamente esta institución a la cual se le cambió el nombre llamandole Trust. Dos siglos más tarde, esta figura logró su plena madurez, cambiando también el nombre de sus partes integrantes; llamandole settlor (el fideicomitente), trustee al antiguo feoffee to use (o fiduciario), y cestui que trust al antiguo cestui que use (o fideicomisario).

"Los Estados Unidos dieron un gran impulso al trust al extender su aplicación a la actividad bancaria. Esta comercialización del trust distingue principalmente a la institución inglesa de la institución norteamericana". (6).

C. DERECHO MEXICANO

Tal como mencionan los maestros Puentes y Flores y Octavio Calvo, el contrato de fideicomiso es de introducción reciente en nuestro país; pero su origen como hemos señalado en los anteriores incisos es muy antiguo, aun cuando su aplicación se contrajo al campo del derecho sucesorio en el derecho romano, y utilizado con otro nombre eludiendo restricciones del derecho anglosajón de aquella época.

El fideicomiso romano tal como se concibió en su origen no ha tenido en México existencia jurídica, ya que desde 1820 -- las Cortes Españolas por decreto de 27 de Septiembre de ese año, prohibieron los mayorazgos, fideicomisos y cualesquiera otra clase de vinculaciones de bienes muebles e inmuebles, ni que se vedara directa o indirectamente su enajenación. Y por lo que respecta al

(6) CERVANTES AHUMADA RAUL: "Títulos y Operaciones de Crédito"; Ed. Herrero, S.A.; México, 1978; P. 288.

Trust éste se utilizó de la manera siguiente:

El fideicomiso en México aparece regulado por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito, el año de 1926, de tipo angloamericano. Cabe mencionar que si bien fue hasta este año en que se admitió en nuestro sistema jurídico, ya con varios años de anterioridad se empleó en arreglos de la deuda exterior de México, así como también sirvió para una serie de arreglos posteriores celebrados por gobiernos mexicanos con banqueros de países extranjeros, con los que se estipula la fórmula del fideicomiso anglosajón. "Si bien como estos convenios son de carácter internacional y su cumplimiento se verifica en Inglaterra o en los Estados Unidos, en donde la institución del trust es una modalidad usual de su ley sobre contratos y obligaciones puede suponerse que el empleo del fideicomiso anglosajón no ha sido un antecedente de aplicación de la institución dentro del régimen jurídico de nuestro país". (7).

El maestro Rabasa a quien aludo en el párrafo anterior señala que el antecedente más notable de la aplicación del trust es el caso de la constitución de los Ferrocarriles Nacionales de México y el convenio que después se celebró para financiarla, mediante una deuda contraída por los ferrocarriles, con garantía de hipoteca otorgada en forma de fideicomiso sobre todos sus bienes y derechos aún los ubicados dentro del país. El Código Civil de 1884 y la ley sobre Ferrocarriles de 29 de Abril de 1899 ambos vigentes en esa época permitieron que el trust deed aún cuando fue otorgado en el extranjero surtiera sus efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas, sin que nuestra legislación autorizara aún el fideicomiso como un medio, jurídico capaz de crear obli

(7) RABASA OSCAR: Ob. Cit.; p. 448.

gaciones y derechos.

El primer intento realizado en México para establecer -- las instituciones fiduciarias y sus servicios especializados fue el proyecto presentado por el Secretario de Hacienda José Yves Limantour, el 21 de Noviembre de 1905 como "Iniciativa de Ley" a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y cuyo autor fue el Lic. Jorge Vera Estañol. Dicho proyecto constaba de ocho artícu-- los, considerando que el fideicomiso para el cual se autorizara - la creación de instituciones consistía: "I. En el encargo hecho - al fideicomisario por virtud de contrato entre dos o más personas de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos licitos res-- pecto de bienes determinados, para beneficio de alguna o de todas las partes en ese contrato o de un tercero, o para hacer efecti-- vos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal del mismo" (8).

También señalaba en su articulado los requisitos para su constitución. Pero este proyecto no llegó a examinarse por la Cá-- mara de Diputados, debido a la oposición del Lic. Rosendo Pineda con base en que reviviría las sustituciones fideicomisarias, argu-- mento infundado y que de antemano se había refutado en la explica-- ción preeliminar del proyecto. Aun cuando este proyecto nunca se haya discutido ya que las comisiones unidas a que fue turnado pa-- recen no haber cumplido con su encargo, a éste corresponde el mé-- rito de ser el primer proyecto en el mundo, con el propósito de - adaptar el trust a un sistema de tradición romanista como el nues-- tro.

Con motivo de la oposición del Lic. Pineda de la cual el señor Limantour tuvo conocimiento (ya que el Lic. Vera se lo comuni

(8) BATIZA RODOLFO: Ob. Cit.; P. 100.

c6) este se abstuvo de presionar para su aprobación, así como del movimiento revolucionario de esa época posiblemente influyeron para que esto quedara en el olvido durante varios años.

Fue hasta el año de 1924 en que debido al sistema de la Ley de Instituciones de Crédito de 19 de Marzo de 1897 por ser ya inoperante para las necesidades de esa época, el gobierno de México por conducto de la Secretaria de Hacienda llevó a cabo una reforma bancaria absoluta el 28 de Febrero de ese año, por medio de una convención bancaria celebrada en México, convocada por la Secretaria de hacienda, figurando en ella representantes del gobierno y delegados de Instituciones de Crédito, quienes estudiaron el proyecto de decreto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y -- Ahorro, presentado por el Sr. Enrique C. Creel, quien dió algunos informes sobre el funcionamiento de dichas compañías. Proponiendo Diecisiete bases conforme a las cuales el Ejecutivo de la Unión - pudiera expedir la Ley General; entre las principales estaban; -- que dichas compañías podían: recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitieran en nombre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse del pago de cupones, de la autorización de bonos y de toda clase de contratos de fideicomiso, ejecutar funciones de albacea, administrador, tutor, síndico, pagar los impuestos y mesadas de gastos de su clientela, llevar libros de registro, y toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuento y establecer cajas de ahorro, concediéndoles a estas compañías por veinticinco años franquicias fiscales. A pesar de que este -- proyecto tampoco fue sancionado como ley, sirvió como precedente para influir en la elaboración de la legislación posterior.

Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924. En ese mismo año meses más tarde aparece - la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Ban

carios de fecha 24 de Diciembre de 1924 (D.O. de 16 de Enero de 1925), que según se desprende del informe de la Secretaría de Hacienda al Congreso de la Unión, la ley antes citada seguía en - - cuanto al fondo el sistema de la anterior Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, llenando algunos vacios de la misma, y cuidando comprender todos aquellos negocios bancarios que afectaban al interés público. Denominando bancos de fideicomiso a "los que sirven 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 estos, o durante el - - tiempo de su vigencia".

A estos bancos de fideicomiso, la ley los sometía a un régimen de "concesión" estatal cuya duración máxima era de treinta años contados a partir de la fecha de la ley, con el carácter de establecer y explotar instituciones de crédito; señalándoles un capital mínimo para su constitución, agregando que se regirían por ley especial que había de expedirse.

Posteriormente requerido una vez más Vera Estañol, presenta a la Secretaría de Hacienda un nuevo proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorros. Se cree que dicho proyecto - había sido redactado con muchos años de anterioridad, excepción - hecha en algunos de sus artículos que fueron inspirados en el proyecto panameño de Alfaro, que seguramente debieron agregarse después de 1920, año en que se dió a conocer este proyecto.

El proyecto Vera Estañol fue presentado a la multicitada Secretaría, a mediados del mes de Marzo de 1926. Conteniendo entre otras, disposiciones referidas a "las operaciones fideicomisarias" contempladas en su capítulo II, referentes a; los actos, operaciones o contratos podían consistir en, adquirir, enajenar, gravar,

poseer, explotar, administrar, y en general ejercer cualquier otro derecho sobre bienes determinados, por una compañía fideicomisaria a la cual se le hizo el encargo en virtud de un contrato celebrado entre esta y dos o más personas. Facultaba a dichas compañías para actuar como administrador liquidador y partidador de sucesiones, comunidades, asociaciones, sociedades, concursos y quiebras, etc. Aclarando que todos los derechos y obligaciones del fideicomisario se regirían por las cláusulas del acto constitutivo, siempre que no fueren contrarios a la ley. Así como también los casos en los cuales podía renunciar la compañía al fideicomiso, como terminaba este y, disponiendo que los problemas legales que se suscitaran en un fideicomiso, se ventilarían en un juicio mercantil conforme al Código de Comercio. A su vez determinaba un régimen fiscal detallado acerca del fideicomiso. Este citado documento no tuvo mayor vida.

Ley de Bancos de Fideicomisos.- fue publicada el 30 de junio de 1926 (publicada en el D.O. del 17 de Julio). Conteniendo ochenta y seis artículos en cinco capítulos, referentes a: I. Objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, II: Operaciones de Fideicomiso, III. Departamento de ahorros, IV. Operaciones bancarias de depósito y descuento, y V. Disposiciones generales. Esta ley fue la primera en darle una estructuración al fideicomiso, al definirlo y reglamentarlo pues recordemos que la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios únicamente aludió a los bancos de fideicomiso aunque no hizo su reglamentación al disponer que "los bancos de fideicomiso se regirán por la ley especial que había de expedirse".

Sin embargo esta ley fue muy criticada ya "que oscuramente concebía al fideicomiso como un mandato irrevocable, dejando gran vaguedad de conceptos en torno de este contrato". Efectiva--

mente la ley en su artículo sexto, así lo definía "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, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario". (9)

Otros de sus lineamientos más característicos son los siguientes: "Los bancos de fideicomiso tendrán por objeto principal y propio las operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros que autoriza esta Ley y cuya ejecución se confía a su honradez y buena fe". También se estableció la prohibición para los bancos o compañías extranjeras que tuvieran agencias o sucursales cuyo objeto fuera la práctica de operaciones de fideicomiso. Los bancos fiduciarios podían ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitados todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar gravar ni pignorar dichos bienes, a menos de tener facultad expresa, o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso. Por lo que respecta a la totalidad del articulado, se refería a la organización funcionamiento y, operaciones a que estaban destinados los bancos de fideicomiso.

De acuerdo a las disposiciones ya expuestas muchos autores afirman que esta ley se inspiró en el proyecto Alfaro.

Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios. - del 31 de Agosto de 1926 (D.O. de 29 de Noviembre). Esta Ley, abrogó a la anterior Ley de Bancos de Fideicomiso. Pero solo se dedicó a incorporar como parte de su texto todo el articu

(9) PUENTE Y FLORES ARTURO Y CALVO MARROQUIN OCTAVIO: "Derecho Mercantil"; Ed. Banca y Comercio; México, 1967; p. 344.

lado de aquélla. Por lo que también estableció el error de desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso al pretender definirlo como un mandato irrevocable, desconociendo así que el fideicomiso es un acto "traslativo de dominio" y no de simple "representación jurídica" confundiéndolo con el contrato de mandato que -- por su propia naturaleza no transfiere el dominio de la cosa, sino que lo deja en poder del otorgante, en cambio en el fideicomiso se transmite el dominio del bien al fiduciario y que de acuerdo a esa definición puede "disponer" de el o de sus productos. De tal suerte que concebido de esta forma el fideicomiso no puede -- realizarse puesto que si lo equipara a mandato al no haber transmisión de propiedad al fiduciario para beneficio del fideicomisario, no hay fideicomiso; y si hay traspaso de dominio no puede hablarse de mandato, ya que por medio de esta figura jurídica solo se otorga la representación jurídica.

Ley General de Instituciones de Crédito .- fechada el 28 de Junio de 1932 (D.O. 29 de Junio). En su exposición de motivos declaraba que la Ley de 1926, había introducido la institución jurídica del fideicomiso en México, pero que desgraciadamente no -- precisaba el carácter substantivo de la misma y dejaba vaguedad -- de conceptos. Sin embargo, esta nueva Ley se limitó a facultar a las instituciones de crédito tanto a las nacionales como a las sociedades privadas mexicanas autorizadas al respecto, para actuar como fiduciarias, estableciendo las operaciones, obligaciones y -- responsabilidades civiles y penales (en caso de incumplimiento de su parte) de las mismas; su constitución, renuncia o remoción del desempeño de su encargo, pero sin reglamentar la figura jurídica del fideicomiso propiamente. De la que un mes más tarde se ocuparían.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.- de fe-

cha 26 de Agosto de 1932, vigente desde el día siguiente (D.O. 27 de Agosto), hasta nuestros días. Dentro de su articulado dedica en su título II capítulo V (art. 346-359) la reglamentación del fideicomiso, y cuyo único autor es el Lic. Pablo Macedo, quien realizó un estudio sobre el fideicomiso proponiéndolo a la Comisión redactora del Código de Comercio siendo aceptado en sus términos, quedando así estipulado en la Ley.

Ya en su exposición de motivos la citada Ley indicaba -- que corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conservaba, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribía a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establecía las reglas indispensables para evitar los riesgos -- que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana.

La nueva ley derogó la definición del fideicomiso, posiblemente sus redactores advirtieron el error de equipararlo a un mandato, quedando la definición establecida de la manera siguiente: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Si bien este concepto ya no equipara al mandato con el fideicomiso, no logra precisar su naturaleza, tampoco reconoce que el fideicomitente "enajena" ciertos bienes al fiduciario, para que este los posea en beneficio del fideicomisario verdadero titular, sino simplemente señala que los "destina" a un fin lícito determinado con lo que no califica de que clase de acto jurídico se trata, ni precisa sus efectos.

A pesar de lo anteriormente expuesto, es menester señalar el mérito de los jurisconsultos mexicanos autores de las di-

versas leyes que introdujeron el fideicomiso en nuestro país.

En efecto, es indiscutible el acierto de estos autores de la citada institución, al admitir únicamente el fideicomiso expreso, o sea el otorgado formalmente entre las partes en el acto constitutivo formal, desechando el implícito creado por presunción de la ley.

Así como también al circunscribir a las instituciones de crédito expresamente autorizadas para ello conforme a la ley de la materia, la capacidad para actuar como fiduciarias. No autorizando a personas físicas o morales en general.

De igual importancia son las reglas que establecen la -- prohibición de "1) los fideicomisos secretos; 2) los otorgados a favor de diversas personas, sucesivamente, salvo cuando la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente; 3) aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia" (art. 359).

Afortunadamente se impusieron estas limitaciones que evitaron los problemas sucedidos en Roma, como las sustituciones fideicomisarias, o restricciones a la circulación de la propiedad -- convirtiéndose tal vez en propiedad de manos muertas.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.- del 3 de Mayo y publicada el D.O. 31 del mismo, abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932; respecto a la reglamentación contenida de las operaciones fiduciarias, junto con la del fideicomiso.

En su exposición de Motivos esta ley declara que el capítulo referido a las instituciones fiduciarias apenas si sufre modificaciones, y añade ciertas normas nuevas que regirán las opera

ciones de inversión que realiza la institución en ejercicio de fideicomiso, mandato o comisión. Agregó 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 sea posible o cuando no se haya renunciado a ella expresamente y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones.

Es así como brevemente he expuesto la historia del fideicomiso en nuestro Derecho Positivo Mexicano.

CAPITULO II
EL FIDEICOMISO EN MEXICO

- A. CONCEPTO.
- B. NATURALEZA JURIDICA.
- C. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.
- D. ALGUNAS APLICACIONES DEL FIDEICOMISO.

CAPITULO SEGUNDO

FIDEICOMISO EN MEXICO

Como ya he señalado en el capítulo anterior la introducción del fideicomiso en nuestra legislación mexicana, ocurrió a partir de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos de Bancarios de 1924, dedicándose únicamente esta ley a describir algunas formas de como los bancos prestaban sus servicios. Posteriormente la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 se ocupó de la regulación de los bancos, ya que la anterior solo mencionó que habría de expedirse una ley especial para esto; aportando también un concepto de fideicomiso como ya explicaba era contradictorio y se prestaba a confusiones pues consideraba al fideicomiso como un mandato irrevocable, pero esto ha quedado ya explicado antes, por lo que no abundaré más al respecto. En la subsecuente Ley General de Instituciones de Créditos y Establecimientos Bancarios del mismo año erróneamente se limitó a incorporar en su texto lo establecido por la anterior L.B.F.

Más tarde se publica en 1932 la Ley General de Instituciones de Crédito que también se encarga de la regulación de las instituciones fiduciarias y casi a los dos meses de esta aparece publicada la actualmente vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 (D.O. 27 de Agosto), que regula el fideicomiso en su aspecto sustantivo en sus artículos 346 y siguientes.

Por último se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 (D.O. 31 de Mayo), que abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, se ocupa de reglamentar la organización y funcionamiento de las instituciones fiduciarias.

Nótese que la primera definición que aparece en nuestra

legislación de fideicomiso fue inspirada en la obra del jurista panameño doctor Ricardo J. Alfaro en su proyecto de Ley Sobre Fideicomisos, de 1920. Y más tarde "Como lo afirman Molina Pasquel, Batiza, Serrano, Trasviña, Villagordoa Lozano y Vázquez Arminio - la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito esta inspirada en materia de fideicomiso en las ideas sustentadas por Lepaulle respecto del trust como patrimonio de afectación". (1)

Efectivamente este autor Lepaulle hizo una aportación -- doctrinaria escribiendo un artículo sobre La Naturaleza del Trust que sirvió de influencia en el ánimo de los legisladores de 1932 respecto del concepto de fideicomiso. Quienes lo reglamentaron como actualmente lo conocemos y que ha logrado gran difusión en la práctica habitual de los negocios y de tan singular importancia - en el ejercicio de las actividades bancarias, debido a sus múltiples aplicaciones.

A. CONCEPTO.

Al respecto varios autores han emitido su propio concepto que expondré en el desarrollo de este inciso; así más adelante trataré de dar una definición.

Primeramente examinaremos el concepto que la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos nos dice en su artículo 346 "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 anterior definición ha sido criticada. El Licenciado Molina Pasquel, en su artículo intitulado "Sobre algunos aspectos

(1) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.: "El Fideicomiso Ante la Teoría - General del Negocio Jurídico"; Ed. Porrúa, S.A.; México, 1975 p. 151.

del Fideicomiso", publicado en la revista "Jus", número correspondiente a abril de 1940, dice sobre la definición que consigna a la ley, que "no es propiamente una definición del fideicomiso, si no una explicación de los actos en que consiste, estableciendo -- que el otorgamiento del acto originante del fideicomiso, significa el destino de ciertos bienes que hace el fideicomitente, a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Sin embargo, tampoco el Licenciado Molina en su artículo nos aclara el significado del fideicomiso.

Joaquín Rodríguez Rodríguez es de la misma opinión al expresar que "más que una definición, las palabras anteriores se limitan a describir el contenido externo del fideicomiso" y también lo manifiesta el Licenciado Rafael de Pina.

Considero que lo afirmado por estos autores es correcto ya que realmente no se define al fideicomiso en el artículo 346, pues no hace alusión a lo que se refiere, no precisa su verdadera naturaleza, y solo describe como se realiza éste.

"Pero si bien el nuevo concepto enmienda el error de asimilar el fideicomiso con el mandato, actos jurídicos disímbolos, en cambio no logra precisar la verdadera naturaleza de la institución angloamericana que se quiso reproducir dentro de nuestro sistema legal y expresa una idea demasiado vaga y abstracta que mucho se aparta del modelo auténtico. En lugar de reconocer lisa y llanamente que por virtud del fideicomiso el fideicomitente "enajena" ciertos bienes al fiduciario, para que éste los posea en beneficio del fideicomisario como verdadero titular y beneficiario de ellos, los autores de la definición que nos ocupa, con timidez e incertidumbre como si no hubiera captado el verdadero concepto de la institución que se regula, sólo expresaron que el fideicomi

tente "destina" esos bienes a un fin lícito determinado con lo -- cual no se califica la clase de actos jurídicos de que se trata, ni se precisa cuales deben ser sus efectos". (2)

Para el maestro Batiza el concepto no aclara la vaguedad y oscuridad del que sustituye ni tampoco precisa su naturaleza, y sus efectos, agrega este autor "el empleo del verbo "destinar" en la Ley actual que vino a sustituir al de "entregar" usado en di-- chas leyes, plantea de inmediato el problema de si hay o no trans-- misión de bienes en el fideicomiso". (3), y precisamente alude a la falta de empleo de la transmisión de dominio para referirse a la deficiencia técnica. Ya que si bien nuestro concepto fue inspi-- rado en la interpretación que acerca del trust hace Laupalle a nues-- tro legislador se le pasó tomar en cuenta que este autor, conside-- ra al sujeto de derecho encargado de realizar la afectación, "ti-- tular" de todos los derechos que le sean útiles para cumplir con su obligación.

El Lic. Pablo Macedo, único autor del capítulo V "del fi-- deicomiso" del título II de la Ley de Títulos y Operaciones de -- Crédito nos dice refiriéndose al texto del artículo 346 "son va-- rios e importantísimos de los problemas que la disposición suscita y que pasamos a examinar". Así es, el Lic. expone cuatro y al re-- ferirse al primero comenta lo siguiente:

A).- "El patrimonio de afectación. Este es el primer pun-- to en que el legislador acogió las ideas que ya al respecto había expuesto el profesor Pierre Lepaulle...", más adelante agrega. -- "La idea de patrimonio de afectación es fundamental en Lepaulle y

(2) RABASA OSCAR: Ob. Cit.; P. 454

(3) BATIZA RODOLFO: "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Ad-- ministración Fiduciaria"; Ed. Porrúa, S.A., México, 1977; P. 30.

paso a serlo en la ley, pues en ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario radica toda la institución". Simplemente añade "nos limitamos a conceder al fiduciario la titularidad, sin conferirle empero a este carácter, categoría de propiedad". (4)

Por lo anteriormente expuesto deducimos que el Licenciado Macedo no quiso meterse en problemas al no dejar señalado quien es entonces el verdadero propietario, pues solo se concretan a decir que se concede al fiduciario la "titularidad", dejando nuevamente no aclarado este asunto.

B).- El destino y el fin.- En cuanto a esto nos dice -- "partiendo de la base del patrimonio efectado se erigieron los -- conceptos del destino que a ese patrimonio habría de darse y el fin que con ello se habría de perseguir. Esto es - por así expresarlo -, la cristalización en el fideicomiso de los móviles y de los objetivos que motivan su constitución".

Tanto el destino del patrimonio fideicomitado como el fin que persigue se encuentran estrechamente vinculados y previamente determinados por el fideicomiso de que se trate.

C).- El fiduciario.- Aquí toca el tema de las instituciones fiduciarias que son las únicas autorizadas por el Estado para desempeñar dicha función, y que acertadamente nuestros legisladores han establecido este precepto, no solo en la ley actual, sino desde su primera reglamentación que data de 1926. El Lic. Macedo expresa lo siguiente "...hubo la preocupación de que sin la indicada limitación, fideicomisos encomendados imprudentemente a

(4) PIERRE LEPAULLE: "Tratado Teórico y Práctico de los Trufts"; Traducción de Pablo Macedo; Ed. Porrúa, S.A.; México, 1975 - - P.P. XXV y XXVI.



ENEP ARAGON

manos impreparadas o deshonestas desprestigiarian la institución y frustraran su ulterior desarrollo".

D).- La licitud.- "El requisito es tan lógicamente necesario, que huelga todo comentario". Efectivamente, de no ser lícito el fideicomiso, la ley no lo permitiría, por el contrario lo prohibiría, tal es el caso de los fideicomisos prohibidos art. -- 359 de la ley sustantiva. Además por principio como acto jurídico que es, debe participar de ese elemento de validez que es la licitud en el objeto, motivo o fin.

El maestro Cervantes Ahumada dice que "el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado" (5). Tomando como base el artículo 838 del proyecto del Código de Comercio.

Me parece acertado lo que él afirma al decir que cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado, pues de acuerdo a la jurisprudencia emitida por la Corte en años posteriores a la promulgación de la Ley de 1932 sobre la materia y que más adelante brevemente explicaré, el fiduciario es quien posee la titularidad de los bienes fideicomitados.

El autor Joaquín Rodríguez Rodríguez afirma que el fideicomiso es "un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización -- del cual se destinan" (6). No estoy de acuerdo con este autor en

(5) CERVANTES AHUMADA RAUL: "Títulos y Operaciones de Crédito; Ed. Herrero, S.A., México, 1978; P. 289. (6) RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN: "Derecho Mercantil"; Tomo II: Ed. Porrúa, S.A., México 1974;

cuanto designa el fideicomiso como negocio jurídico, por considerarlos diferentes (ver B) Naturaleza Jurídica - como negocio fiduciario. Pero en cuanto habla de dueño fiduciario, es atinado, -- ya que esto quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir y que es dueño normalmente temporal, ya que solo será titular mientras el fideicomiso exista.

Los dos conceptos antes mencionados influyen en el criterio del Lic. Rafael de Pina, lo cual se observa en la definición que él emite acerca del fideicomiso: "Es un negocio jurídico en virtud del cual una persona - física o moral - denominada fideicomitente destina bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, y encarga la realización de esa finalidad a una institución fiduciaria, que se convierte en titular de el patrimonio integrado -- por aquellos bienes o derechos. (7). Y que por lo tanto se le pueden hacer las mismas observaciones.

El fideicomiso es un "acto traslativo de dominio en virtud del cual el fideicomitente "transmite" determinados bienes al fiduciario para que los tenga con ese carácter y disponga de ellos conforme a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y en la ley, en beneficio del fideicomisario a quien pertenece en definitiva el patrimonio constituido en su favor, a título de -- aprovechamiento". Así lo sostiene el autor Oscar Rabasa. Esta definición me parece buena, solo que no encuentro al fideicomisario como elemento esencial ya que de acuerdo a la ley puede constituirse el fideicomiso sin él, así como también pueden darse fideicomisos sin fideicomisarios, es decir este es indeterminado.

El autor Luis Muñoz aporta una definición muy completa "Es el fideicomiso acto de comercio de los negociales; intervivos

(7) DE PINA VARA RAFAEL: "Derecho Mercantil Mexicano"; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1975; P. 299.

y también *mortis causa*, y por el consiguiente negocio jurídico mercantil bancario, mejor que operación de crédito, complejo, tipo, típico, nominado, de fiducia, y de naturaleza fiduciaria sujeto a cláusulas generales negociales o *conditio iuris*, con efectos reales, y en virtud del cual una parte del fiduciante tradita la propiedad fiduciaria de una esfera o centro de intereses al fiduciario, que en principio está sujeto *ex lege* al deber de negociar, - constituyéndose de esta suerte un patrimonio de afectación o separado para que el fiduciario observe los comportamientos pactados y congruentes con la función negocial, lo que incide en la esfera de intereses del fideicomisario y en la del fideicomitente a consecuencia de la reversión". (8)

Para el maestro Guillermo Colín: "Es un contrato por medio del cual el fideicomitente transmite al fiduciario, la propiedad de determinados bienes que éste, a su vez, si es el caso, los afecte en garantía de las obligaciones que contraiga como consecuencia del propio fideicomiso y en tanto que aparezca como titular de los derechos de propiedad". (9)

Estos últimos autores señalan algo muy importante pues aluden a la "traslación de dominio" que si bien la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no lo manifestó así en su artículo 346 se resolvió este problema años más tarde por la Suprema Corte de Justicia. "El análisis de las diversas ejecutorias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación lleva a afirmar - ciertos principios básicos acerca de la evolución jurisprudencial

(8) MUNOZ LUIS: "Derecho Bancario Mexicano"; Cárdenas, Editor y - Distribuidor; México 1974; P. 299.

(9) COLIN SANCHEZ: "Procedimiento Registral de la Propiedad"; Ed. Porrúa, S.A., México 1972, P. 217

en el concepto del fideicomiso en México" (10) . Que si bien en un principio fue errónea, pues se contradijo ya que afirmó que -- "aún cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, el fiduciario solo tiene funciones de mero administrador", (en 1937). -- Afortunadamente agrega el maestro Batiza "La contribución de mayor importancia hecha por la Suprema Corte al concepto de fideicomiso consiste en el reconocimiento de su efecto traslativo de dominio, ya que abandonando el criterio inicial negativo, ha llegado a admitir en una serie de ejecutorias uniformes ese elemento de esencia en el concepto, con lo cual disipó la ambigüedad de la ley, dándole el alcance impuesto por la naturaleza misma de la -- institución".

Sin embargo esta transmisión de dominio no es similar a la usual transmisión de derecho de propiedad, que resulta por -- ejemplo de una compraventa, permuta o donación; ya que en el fideicomiso dicha transmisión solo opera para que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda, por eso la Suprema Corte habla de propiedad fiduciaria ya que el dominio sobre dicha propiedad se encuentra sujeto al fideicomiso celebrado, es decir el fiduciario es llamado dueño fiduciario o sea dueño en función del fin que debe cumplir, que es dueño temporal y que ejerce facultad como tal en provecho ajeno. Por lo tanto el dominio que tiene es dominio restringido.

Atento a lo anterior puedo establecer que: "El fideicomiso es en nuestro derecho, un acto o contrato en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transmite a la institución fiduciaria sus derechos sobre ciertos bienes para que realice un --

(10) BATIZA RODOLFO: "Evolución Histórica del Concepto de Fideicomiso a través de la Jurisprudencia Mexicana"; Editado bajo los auspicios de la Asociación de Banqueros de México; México, 1956.

fin por el determinado o aplique sus beneficios a otra llamado fi
deicomisario.

B: NATURALEZA JURIDICA.

La naturaleza jurídica del fideicomiso ha sido motivo -
de controversias y críticas suscitadas entre diversos autores que
emiten su criterio al respecto; por mi parte únicamente me limita
ré a explicar brevemente las más importantes teorías doctrinarias
que se ocupan del problema de la manera siguiente;

Negocio fiduciario.- por negocio fiduciario se entiende
"un negocio complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos
cuyos efectos son contradictorios. El primer negocio es real, ex-
teriorizado, efectivamente realizado por las partes, y el segundo
negocio, que destruye entre las partes los efectos del primero, -
es un negocio oculto, que solo tiene eficacia interna entre las -
partes". (11).

Este carácter de negocio fiduciario es el que algunos -
autores han pretendido atribuirle al fideicomiso, como por ejem-
plo Barrera Graf, Serrano Trasviña, Villagordoa Lozano, Rodríguez
Rodríguez, entre otros, debido a que estos autores; "ven vaciadas
sus respectivas concepciones genéricas de el negocio fiduciario -
en el fideicomiso obviamente éste como especie del primero ya que
ambas figuras participan de los mismos elementos, a saber: a) pre
sencia de dos sujetos; b) traslación de derechos de uno a otro co
mo relación real, y c) obligación personal del adquirente para --
con el enajenante de destinar lo transmitido a su fin interminado,
debido a, d) una afectación". (12).

Sin embargo estos autores admiten que existen diferen-
cias pequeñas entre ambas figuras.

(11) CERVANTES AHUMADA: Ob. Cit.; P. 290.

(12) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.: Ob. Cit.; P. 177.

Así como también existen otros autores que niegan que el negocio fiduciario pueda explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso.

"Si el negocio fiduciario es atípico por definición, y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación, en el negocio fiduciario como vimos, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto; el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la ley, no de relaciones internas y secretas, que en el fideicomiso deben considerarse prohibidas". (13)

Efectivamente, esta es una de las principales diferencias que existen entre el fideicomiso y el negocio fiduciario, el que el primero sea un negocio nominado es decir, que la ley lo contemple y regule, y por el contrario el segundo carezca de reglamentación legal, es decir sea innominado, así como también el hecho de que el fideicomiso es un negocio único, lícito y que por lo tanto al no componerse de dos como el negocio fiduciario no puede existir un negocio aparente y otro oculto, además que por ser nominado sus efectos deriven del acto constitutivo o de la ley no sucediendo así en el negocio fiduciario que derivan de relaciones internas y secretas.

Los razonamientos anteriores, son semejantes a los que realiza el ilustre catedrático Batiza quien afirma: "tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura, el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros". (14)

(13) CERVANTES AHUMADA RAUL: "Ob. Cit",; p. 291

Estos dos criterios me parecen bastante claros para delucidar que el fideicomiso no es una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, como pretenden considerarlo algunos autores. Además de lo anteriormente expuesto podemos señalar que en el negocio fiduciario como ya vimos que también se realiza para un fin determinado, éste puede ser encargado a cualquier persona, lo cual no es permitido en el fideicomiso, en el que exclusivamente (de acuerdo el artículo 350) solo podrán ser fiduciarias las instituciones de crédito.

Como puede observarse, aún cuando existen algunas características similares entre ambas figuras no por esto debemos encontrar la naturaleza jurídica del fideicomiso a la luz de la teoría del negocio fiduciario.

Acto unilateral.- La pretendida naturaleza de acto unilateral que se le da al fideicomiso, se ha tratado de fundamentar en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ya que en su artículo 352, párrafo I establece que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. Sin embargo este artículo no pretende descifrar la naturaleza jurídica del fideicomiso sino que nos señala las formas de constitución del mismo.

"Puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya el fideicomiso, sino que este se constituirá por la voluntad del fideicomitente". (15) Esta afirmación de Lepaulle me parece con-

(14) BATIZA RODOLFO: "El Fideicomiso"; Ed. Porrúa, S.A. México - 1980; p. 133

(15) CERVANTES AHUMADA RAUL: "Ob. Cit."; Cita conf. PIERRE LEPAULLE.; p. 289

tradictoria, pues si bien esta aceptando que se trata de un contrato bilateral ya que habla del acuerdo de voluntades, no debiese - agregar que entonces el fideicomiso se constituye por la voluntad del fideicomitente, es decir como un acto unilateral, ya que si - en principio lo acepta como lo otro, forzosamente se requiere el acuerdo de voluntades de las partes para su perfeccionamiento.

Además; tomando en cuenta que el artículo a tratar "... es copia del artículo 18 del Proyecto Alfaro, que disponía: "El - Fideicomiso puede ser constituído por testamento para que tenga - efectos después de la muerte del fideicomitente o por acto entre vivos". Más si la característica esencial de los contratos, agre- gaba este autor, es producir entre las partes derechos y obliga- ciones recíprocas, esa característica no falta en el fideicomiso constituido, el cual surgen tales derechos y obligaciones entre - el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o ambos" -- (16) Y como ya vimos el autor de este proyecto esta de acuerdo en que es un contrato bilateral, tampoco podemos aceptar que la na-turaleza jurídica del fideicomiso sea la de un acto unilateral.

Existen otras teorías que pretenden encontrar la naturaleza jurídica del fideicomiso pero que no se avocan a éste como - acontecimiento dotado de juridicidad, sino que lo han hecho solo refiriéndose a la situación jurídica que guardan los bienes fidei- comitados olvidándose del acto que origina esa situación, como -- por ejemplo esta la referente al desdoblamiento del derecho de -- propiedad, el patrimonio sin titular, otras recurren a otras figuras jurídicas como la del fideicomiso-mandato, una más es la del fideicomiso operación bancaria, que como ya he dicho no se refieren a su naturaleza jurídica, precisamente por tal motivo no con

(16) BATIZA RODOLFO: "Ob. Cit."; p. 134

sideré necesario su exposición para explicar el presente inciso.

Es por lo tanto el fideicomiso de naturaleza contrac--
tual, bilateral sinalagmático perfecto.

Es un contrato sinalagmático, porque como se advierte -
la existencia de una condición resolutoria y según el art. 1949 -
del Código Civil "La facultad de resolver las obligaciones se en-
tiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de --
los obligados no cumpliere: la que le incumbe. El perjudicado po-
drá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la --
obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos -
casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el -
cumplimiento, cuando éste resultare imposible". Al respecto "Idéntico princi-
pio sustenta Ruggiero cuando expresa que la consecuencia fundamental
que deriva de este criterio es que solo en los contratos bilatera-
les opera la condición resolutoria tácita..." (17).

Además que también existen derechos recíprocos en el fi-
deicomiso y de acuerdo al art. 1836 "El contrato es bilateral cuan-
do las partes se obligan recíprocamente.

Así como también en la Exposición de Motivos de la multi-
citada ley que "No es solo una necesidad analítica lo que ha hecho
incluir en la nueva ley diversas "formas contractuales" y que no -
se limitan, por supuesto, las formas particulares de "contratación"
agrega en cuanto al fideicomiso expreso, que puede servir a propósi-
tos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras institu-
ciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la "con-
tratación". reconoce indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso.

C. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.

De la definición del fideicomiso antes estudiado se --
puede distinguir los siguientes elementos: personales, reales y -

(17) BATIZA RODOLFO: "El Fideicomiso"; Ob. Cit.; P.136.

subjetivos.

1.- Elementos Personales; son tres a).- Fideicomitente
b).- Fiduciario, y c).- Fideicomisario.

a).- El Fideicomitente.- "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 para disponer de los bienes". (18)

En nuestro sistema jurídico solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan capacidad de contratación de acuerdo con el derecho civil, así como también las autoridades judiciales o administrativas según señala la varias veces citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 349 que a la letra dice: "sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica"; el mismo artículo declara que también pueden ser fideicomitentes "las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen".

Cabe la posibilidad de que el mismo fideicomitente sea también el fideicomisario.

En efecto afirma el Lic. Macedo, "el precepto afirma en su primera parte, que el fideicomiso implica, por virtud de la afectación que le es esencial, la constitución de un patrimonio distinto del personal del fideicomitente y por tanto la salida de los bienes correspondientes, de ese patrimonio personal, por lo -

(18) ACOSTA ROMERO MIGUEL: "Derecho Bancario"; Ed. Porrúa México, 1978; p. 337

que es condición sine quanon la capacidad de disponer en la persona del fideicomitente".

Así como también podemos observar que es requisito sine quanon la existencia de patrimonio.

Para los casos de fideicomisos celebrados por el Gobierno Federal, actuará con el carácter de único fideicomitente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Principales derechos del fideicomitente;

1.- Designar una o varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso. (art. 350 párr. tercero de la L. G.T.O.C.).

2.- Designar uno o varios fideicomisarios para que reciba simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, con la prohibición de que la substitución sea por muerte del anterior, - salvo el caso de que se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente. (art. 348, párr. segundo y 359 fracc. II).

3.- Reservarse los derechos que considere pertinentes - en el acto constitutivo o en sus modificaciones. (Art. 351 párr.-segundo) Como por ejemplo: a).- Exigir cuentas al fiduciario, -- b).- El de revocar el fideicomiso, y c).- El de remoción del fiduciario.

Principales obligaciones del fideicomitente:

1.- Pagar los gastos originados por la constitución y - los honorarios fiduciarios.

2.- El saneamiento para el caso de evicción.

3.- Las demás a que se someta en el contrato o acto constitutivo del fideicomiso.

b).- Fiduciario.- Es aquella persona moral a quien se encomienda la realicación del fin establecido en el acto constitu

tivo del fideicomiso, y para lo cual se le atribuye la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos, siendo esta una institución de crédito que disfrute de concesión para llevar a cabo operaciones fiduciarias.

En efecto, así es por declaración expresa de la ley que basada en las anteriores establece en su art. 350 párr. primero - "Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la L.G.I.C.". Y en el siguiente párrafo nos dice "En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el --- Juez de Primera Instancia del lugar en que estuvieren ubicados -- los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas - conforme a la Ley". Le confiere al fideicomisario el derecho a de signarlo, en virtud de considerarle el primer interesado en el -- buen funcionamiento de dicha institución, o en su defecto al Juez creyendo en su buen criterio.

En cuanto al número de fiduciarios que pueden designarse, la ley en este mismo art. (párr. tercero) establece "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para -- que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse".

Por último señala "Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción, cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuera posible esa substitución cesará el fideicomiso". De lo cual se observa en principio que se reconoce lo establecido por el fideicomitente en el acto constitutivo, de no poder realizarse esto solo entonces - se substituirá al fiduciario, quien tiene la facultad de negarse

a aceptar el encargo o renunciar a él. De no ser así lógicamente el fideicomiso se termina.

A este respecto el art. 356 dice "... no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio ..." Esto es exigible en razón de que si bien ya ha aceptado su encargo, sería injusto que su retractación causara molestias como la nueva designación de una institución de crédito, por lo que se dice que sus excusas y renunciaciones las calificará el Juez correspondiente.

Principales derechos del fiduciario.

1.- Ejercitar respecto de los bienes, todos los derechos y acciones necesarios, que correspondían al fideicomitente a efecto de cumplir con el fideicomiso, ya que en su caso son legalmente titulares de su dominio. (Art. 351 y 356 de la L.G.T.O.C.).

2.- Los que expresamente se hayan consignado conforme a la Ley en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus modificaciones.

3.- El de renunciar al fideicomiso en circunstancias previstas en el art. 137 de la L.G.I.C.O.A. y 349 de la L.G.T.O.C.

4.- El de exigir al fideicomitente le satisfaga las prestaciones estipuladas por su actuación.

Principales Obligaciones del Fiduciario:

1.- Realizar el fideicomiso en los términos pactados en el acto constitutivo.

2.- De mantener separado el patrimonio de cada fideicomiso y rendir cuentas al fideicomisario o al fideicomitente, cuando así se haya convenido en la constitución, o a los síndicos, albaceas, liquidadores, interventores, etc., dentro de los plazos y términos legales, de las operaciones efectuadas y de sus resultados

3.- Cumplir las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso.

4.- Guardar el secreto fiduciario.

5.- La obligación de invertir los fondos fideicomitados, cuando la inversión de estos se haya dejado a la discreción de la institución fiduciaria.

6.- Obrar siempre en la ejecución del fideicomiso, como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menos cabos que los bienes fideicomitados puedan sufrir por su culpa. - (art. 356).

7.- Invertir los fondos ociosos en valores.

8.- Realizar sus actividades a través de un delegado fiduciario.

9.- Acatar las ordenes del Comité Técnico cuando exista éste.

c).- Fideicomisario.- De acuerdo a la L.G.T.O.C. en su art. 348 párr. primero establece "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica". Es entonces el fideicomisario la persona (s) que recibe (n) los beneficios de este acto jurídico, siempre que se trata de una persona capaz, entendiéndose esta como la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la Ley.

En cuanto al número de fideicomisarios, el fideicomitente puede designar varios, para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo cuando se pretenda conceder el beneficio a diversas personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, ya que por disposición de la Ley se establece dicha prohibición y solo es permitida la sustitución cuando se trate de personas que estén vivas o concebidas -

ya a la muerte del fideicomitente, (art. 359 fracc. II).

Agrega la Ley "Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representación y no por personas. En caso de empate decidirá el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio del fiduciario".

Y por último señala la prohibición de establecer al fiduciario como beneficiario del fideicomiso al declarar "Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario". Por lo que al no hacer mención del fideicomitente al respecto, deducimos que el si puede ser al mismo tiempo fideicomisario.

Como ya indicamos el fideicomisario necesita tener la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, como dice la Ley, y cuando éste no sea determinado o sea incapaz, corresponderá de acuerdo con el art. 355 de la L.G.T.O.C. al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, el ejercicio de sus derechos que son los siguientes:

1.- El de exigir a la institución fiduciaria los beneficios del fideicomiso que se le conceden por virtud del acto constitutivo, esto es, el cumplimiento del mismo.

2.- Exigir cuentas a la fiduciaria y que se le notifique en los términos legales las operaciones por realizar. Así como la remoción del fiduciario cuando sea procedente de acuerdo al art. 138 de la L.G.I.C.O.A.

3.- El de atacar la validez de los actos de la institución fiduciaria, que esta cometa en su perjuicio, de mala fe o en el exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la Ley, le correspondan.

4.- El de ejercer la acción reivindicatoria sobre los

bienes que a consecuencia de los anteriores actos hayan salido del patrimonio fideicomitido.

El fideicomisario puede tener en su caso, la obligación de cumplir las modalidades que le haya impuesto el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso.

2.- Elementos Reales.

Para que exista el contrato se requiere además objeto, que de acuerdo al artículo 351 de la tantas veces citada L.G.T.O.C., que considera que pueden ser objeto de este contrato toda clase de bienes o derechos, excepto aquellos que conforme a la ley sean personalísimos. Desde luego el objeto debe de estar en conformidad con los requisitos del derecho común, esto es, que la cosa o el hecho que debe darse a prestarse, debe la primera existir en la naturaleza, ser determinable y estar en el comercio: y en cuanto al segundo, es decir, el hecho o abstención, debe ser posible y lícito.

3.- Elementos Subjetivos.

Es característico del fideicomiso, el que éste implica una transmisión de propiedad o cesión de derechos, esto es, un contrato traslativo de dominio. Sin embargo, la definición legal no lo expresa, pero si el art. 352 de la L.G.T.O.C., que declara que el fideicomiso deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de la propiedad o derechos de que se trate. Además de la institución de transmisión con que debe actuar el fideicomitente, como elemento subjetivo también, debe hacerse especial énfasis en la confianza que le inspira la institución fiduciaria por su aptitud, solvencia y honorabilidad y que corresponde al deber que le impone ésta Ley, de obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, como lo dice la

última parte del ar. 356 de la L.G.T.O.C.

D. ALGUNAS APLICACIONES DEL FIDEICUMISO.

El fideicomiso es una figura jurídica que tiene diversas aplicaciones en la práctica bancaria en nuestro país; e incluso - podríamos clasificar al fideicomiso de la siguiente manera:

1.- Por su objeto: en fideicomiso de administración, de inversión de garantía, etc.

2.- Por la naturaleza de los bienes fideicomitidos; de inmuebles, de muebles, de fondos, etc.

3.- Por la índole del beneficiario: en individuales, colectivos y públicos.

4.- Por el modo de constituirse: por contrato o por testamento.

5.- Por su forma: en privados y públicos.

6.- Por sus fines: en particulares, colectivos o sociales o de beneficencia.

7.- Por su carácter en: legales e ilegales.

Al respecto el artículo 359 de la L.G.T.O.C., declara - prohibidos y por lo tanto ilegales, los siguientes:

I.- Los fideicomisos secretos.

II.- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a - diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice - en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.

III.- Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter -- científico o artístico que no tengan fines de lucro.

tamos de un fondo consitufido al efecto. "Se celebran así dos o - más contratos; en primer lugar el de fideicomiso y después, en -- ejecución del mismo, el de o los de mutuo". (20)

Esta clase de fideicomisos son mencionados en el artícu lo 46 fracción II, párrafo segundo, de la misma ley antes citada.

4.- Fideicomiso testamentario: "Se puede constituir un fideicomiso para que surta efectos después de la muerte del fidei comitente.

Este fideicomiso se debe consignar en el testamento del fideicomitente. Bajo esta forma de fideicomisos se puede preveer la protección de menores de edad o de personas incapacitadas en - el manejo de capitales, sujetando lo que pudiera ser una herencia o legado, al manejo de una institución fiduciaria que desempeña - su labor siguiendo los lineamientos fijados por el fideicomitente en su testamento y las resoluciones adoptadas por el Comité Técni co designado por el "De Cujus" o testador". (21)

Esta es la forma más antigua de fideicomiso y por las - condiciones que concurren en ellos cubren un verdadero servicio - social, ya que la institución fiduciaria mediante su organizaciõn económica, administrativa, y jurídica, asegura una adecuada dis-- tribución de la herencia.

Considero pertinente no dar por terminado el presente - capítulo, sin antes mencionar: los modos de constitución, la forma y la extinción del fideicomiso, para así poder tener una idea más clara del mismo:

(20) BATIZA RODOLFO: "Principios Básicos del Fideicomiso y la Ad ministración Fiduciaria", Ed. Porrúa, S.A., p. 94.

(21) S.A.H.O.P. Revista "Figuras Jurídicas del Sector" pág. 32 ob. cit. Villagordoa Lozano "El Fideicomiso en México" serie Praxis N° 3

MODOS DE CONSTITUCION.- En base a la disposición del artículo 352 de la L.G.T.O.C. "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento".

FORMA.- El mencionado artículo determina "La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso". El fideicomiso podrá consignarse en documento privado cuando se trate de operaciones de inmuebles con un valor menor de \$ 5,000.00 y deberán protocolizarse cuando excedan de ese valor, debiendo en todo caso, cuando se trate de inmuebles o muebles identificables individualmente, inscribirse el fideicomiso en el Registro Público de la Propiedad para que surta efecto contra terceros.

EXTINCION DEL FIDEICOMISO.- La L.G.T.O.C. en su artículo 357 declara extinguido el fideicomiso en los casos siguientes:

I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido;

II.- Por hacerse este imposible;

III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;

IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;

V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;

VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso, y

VII.- Cuando la institución fiduciaria no acepta o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo y no fuera - posible su substitución.

CAPITULO III
EL DERECHO DE SUCESION

- A. CONCEPTO DE SUCESION.
- B. CLASES DE SUCESION
 - 1. Testamentaria
 - 2. Legítima.
- C. DISPOSICIONES COMUNES A AMBAS CLASES DE SUCESIONES.

CAPITULO TERCERO

EL DERECHO DE SUCESION.

Es definido por el Lic. Arias Ramos, de la siguiente manera: "El Derecho de sucesiones o Derecho hereditario es la sección del Derecho privado constituido por el conjunto de normas -- que regulan el destino que ha de darse a las relaciones jurídicas de una persona física cuando ésta muere y rigen también la creación de relaciones jurídicas nuevas cuyo surgir estaba supeditado a la muerte de dicha persona". (1)

Este derecho ha suscitado controversias entre diversos autores desde la época romana hasta nuestros días. En el derecho contemporáneo encontramos autores que lo niegan, así como otros - que lo admiten.

Respecto a los autores que lo niegan lo hacen refiriéndose tanto al derecho sucesorio en la sucesión testamentaria, co-mo en la legítima.

En la primera de estas basan su tesis en la personalidad del individuo, diciendo que con su muerte esta se extingue y por lo tanto su voluntad no puede surtir efectos, consecuentemente el testamento carece de validez y fuerza suficiente al morir - su autor.

Afortunadamente en nuestro derecho se respeta la última voluntad del testador y por lo tanto esta surte efectos, siempre que se haga conforme a la ley.

En la sucesión legítima argumentan que una vez muerto el de-cujus termina toda relación jurídica, de ahí que no tengan derecho los herederos a recibir algo, ni tampoco le reconocen de-

(1) CASTAN TOBEÑAS: "Derecho Civil Español Común y Foral"; T. VI. Reus, S.A.; Madrid 1960; p. 26

recho al legislador para realizar las designaciones de los herederos en suplencia de la voluntad del autor de la herencia.

Aquellos que lo admiten han formulado tesis al respecto fundamentándolo unos en la propiedad individual, y otros en el derecho de familia, y otros que adoptan la teoría ecléctica.

Los autores que lo fundan en la propiedad nos dicen; -- que esta es de carácter absoluto y que por lo tanto para ser considerada como tal, la persona puede disponer libremente de sus bienes, no solo en vida sino también después de su muerte ya que de lo contrario, es decir, -- si solo dispudiese de ellos en vida ya no sería propiedad, sino que se trataría de un usufructo vitalicio. Dice Ahrens "El derecho de testar ha sido reconocido como EMANACION del Derecho de Propiedad. Es de enorme utilidad social; mantiene vivo el amor al trabajo y a la familia" (2).

Para Duguit el derecho de Testar se deriva del carácter absoluto de la propiedad "ya que el propietario titular de un derecho absoluto tiene lógicamente el poder de disponer de sus bienes durante su vida y -- después". (3).

Considerando que si la propiedad es el derecho de gozar y disponer de la cosa sin más limitaciones que las legales, y si ley no prohíbe el derecho a testar, es entonces existente el derecho a suceder; el cual deriva de la noción de la propiedad, o sea, de ese derecho de disponer de los bienes -- para después de la muerte.

El maestro Ibarrola nos dice que: "Nunca es más completo el derecho de propiedad que cuando es PERSONAL Y HEREDITARIO".

Algunos otros autores que también admiten este derecho, tales como Planiol, Ripert, Boulanger, lo conceptúan como una institución de orden familiar; explicando que las personas acostumbr--
bran formar un patrimonio con la idea de que este sea a su muerte

(2) IBARROLA ANTONIO: "Cosas y Sucesiones"; Ed. Porrúa, S.A. México 1977, p. 241

(3) DE PINA VARA RAFAEL: "Elementos de Derecho Civil Mexicano"; Vol. II; Ed. Porrúa, S.A., México 1966; p. 248.

benéfico para aquellas personas que él quiere, tales como familiares, amistades, etc., y les ayude a cubrir sus necesidades, aluden también a la moral del hombre.

Efectivamente el derecho sucesorio también encuentra -- fundamento en esta tesis, pues por naturaleza humana el hombre -- forma un patrimonio no solo con la idea de disfrutar de el en vida, sino que también piensa en sus seres queridos, en la ayuda -- que les brindará a su muerte si les hereda algo por mínimo que -- sea. Es una especie de estímulo el lograr obtener algo sabiendo -- que el día de mañana sus familiares o amigos disfrutarán de una -- estabilidad económica.

La teoría ecléctica, como su nombre lo indica, estas -- teorías pretenden colocar el fundamento de la sucesión en la armonía de los principios individual y familiar. Así para Miraglia, -- el fundamento de la sucesión testamentaria se halla en el derecho de propiedad, pero el de la sucesión legítima se encuentra en los vínculos de la sangre y en el condominio doméstico. y para Codillio, la razón de ser del derecho de sucesión esta en dos institutos económicamente combinados, la propiedad y la familia". (4)

Por lo anteriormente expuesto, el derecho sucesorio que -- da entonces fundamentado tanto en el derecho de propiedad, pues -- como ya hemos visto a través de la sucesión se continúa este derecho, como en el derecho de familia, en el cual es necesario para lograr la familia una mejor estabilidad. Además de que con la sucesión se garantiza el pago a los acreedores aunque halla fallecido su deudor. Por lo que podemos decir que el derecho sucesorio -- satisface finalidades sociales y económicas, ya sea a través de -- la sucesión testamentaria o de la legítima.

(4) CASTAN TOBEÑAS JOSE: Ob. Cit. p. 32

En el primer caso el derecho a hacer testamento se funda en lo ya expresado con anterioridad y el derecho de heredar en la sucesión legítima se explica que el legislador en este supuesto únicamente sienta las bases para realizar la distribución de la sucesión en suplencia de la presunta voluntad del de-cujus.

Podemos agregar en relación a esto que; "Desde el punto de vista de la función práctica el instituto se justifica, precisamente, por la exigencia de proveer a la suerte del patrimonio que continúa existiendo mientras desaparece -por muerte - su titular y se rompe todo vínculo entre el sujeto y ese patrimonio".

(5)

A.- CONCEPTO DE SUCESION.

Al morir una persona física se extingue junto con ella los derechos y obligaciones que le son personales, tales como los derechos políticos, así como también los derechos y obligaciones relacionados con el estado y capacidad de las personas, como por ejemplo la patria potestad, etc. A estos derechos se les ha llamado "intransmisibles (o extra-patrimoniales), se encuentran fuera del comercio, no son valuables en dinero, y tienen como nota distintiva el adherirse de tal manera a la personalidad, que ésta jamás puede desprenderse de ellos, pues forman su contenido esencial. De donde deducimos que se extinguen definitivamente con la extinción de la personalidad".

Pero las personas físicas también son titulares de derechos y obligaciones que conjuntamente constituyen su patrimonio. Y que son "... transmisibles (patrimoniales), son comerciables y,

(5) MESSINEO FRANCESCO: "Manual de Derecho Civil y Comercial; Traducción de Santiago Senties Melendó; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires: 1971: T. VII; p. 3.

por lo tanto, valubles en dinero; y su nota característica es de ser transmisibles de una persona a otra (adquisición derivativa de derechos)". (6)

Por lo tanto al morir la persona subsiste su patrimonio pues como hemos visto no se extingue, por lo que es menester en-- entonces realizar la transmisión de esos derechos y obligaciones, - es decir sucederlos.

La palabra sucesión indica entrar una persona o cosa en lugar de otra o seguirse en ella.

"Suceder en su sentido jurídico más amplio, quiere decir colocarse una persona en lugar de otra, desde el punto de vista - de un derecho, por cualquier título. Así el comprador sucede al - vendedor en la propiedad de la cosa vendida. De manera que puede decirse que hay sucesión en todos aquellos casos en que hay un me dio derivado de adquirir la propiedad, así como en los que se ad- quiera un derecho cualquiera de otra persona". (7)

Pues bien, si en el caso de que "A" le venda a "B" una propiedad, se dice que el adquirente "B" es el sucesor de "A", --- porque ocupa su lugar para todos los efectos jurídicos correspon- dientes. Luego entonces en la sucesión el heredero al ocupar el - lugar del autor de la herencia en todas sus relaciones patrimonia les, es llamado también como sucesor.

--- Entonces podríamos decir que hay sucesión inter-vivos y sucesión mortis causa. Es por esto que "La sucesión es, por exce- lencia, un modo de adquirir por defunción a título universal, Es

(6) VALENCIA ZEA ARTURO: "Derecho Civil"; T. VI; Ed. Temis Bogotá 1964; p.p. 1 y 2

(7) FERNANDEZ AGUIRRE ARTURO: "Derecho de los Bienes y de las Suce- siones"; Ed. José M. Cajica, S.A.; México 1972, p. 353.

la transmisión del patrimonio de una persona fallecida a una o a varias otras". (8)

Al expresar el término de a título universal observamos otra diferencia que hay con la sucesión hecha entre vivos en la cual no es posible su realización.

El tema que nos ocupa es precisamente la sucesión en caso de muerte. La cual no debemos considerarla solo como una de las acepciones del término más general de sucesión, sino también como la única forma de sucesión reglamentada por nuestra legislación civil, pues por ejemplo el Código señala los términos de compra-venta, o donación según se trate, en cambio en el LIBRO TERCERO establece la reglamentación de la Sucesión Testamentaria y la Sucesión Legítima.

Aplicada al campo del "... derecho hereditario la palabra sucesión tiene también dos conceptos más estrictos.

Primeramente significa la transmisión universal del patrimonio de una persona que ha muerto y precisamente por virtud de su muerte esta transmisión se realiza de una manera universal en favor de los herederos y en forma particular a los legatarios.

El otro significado en sentido estricto de la palabra sucesión consiste en llamar con este nombre al conjunto de bienes y obligaciones que al morir una persona subsisten, es decir, a lo que forma lo que se llama la masa hereditaria". (9)

En el primer concepto al hablar de la transmisión se refiere al verdadero significado de la sucesión. Pero en este caso

(8) BONNECASE JULIAN: "Elementos de Derecho Civil"; Traducción por el Lic. José M. Cajica Jr.; T. III; p.p. 446, 447

(9) URIBE LUIS F.: "Sucesiones en el Derecho Mexicano"; Ed. Jus, - S.A., México 1962: p.p. 25 y 26

tal parece que solo se ocupa de la sucesión testamentaria, pues - menciona a los legatarios, no existentes en la legítima. Y por lo que respecta al segundo concepto, es el que se ha llegado a utilizar en la práctica indicando directamente el contenido u objeto de la transmisión, o sea los derechos en sí, es por esto que a veces oímos decir que la sucesión de "X" persona es cuantiosa o pobre.

Para el maestro Lepaulle "La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla". (10)

De dicha definición que también es adoptada por el Lic. Rivarola se desprenden dos condiciones esenciales según nos dice éste para que se produzca la sucesión; "1.- El fallecimiento real o presunto de la persona sujeto del patrimonio; 2.- La existencia de una persona natural o ideal, en el momento o después del fallecimiento del sujeto del patrimonio, con capacidad para suceder". (11)

Este autor señala atingentemente a la sucesión como la transmisión de los derechos activo y pasivo que componen la herencia, ya que es precisamente en este sentido como lo dispone el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, al establecer en su artículo 1281; que la "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte". Agrega la ley en el siguiente ar-

(10) LEPAULLE: "Compendio de Derecho Civil"; Bib. Jurídica Argentina Superí 1479, Argentina; 1933; p. 126

(11) RIVAROLA RODOLFO: "Instituciones de Derecho Civil Argentino" Ed. Kapelusz & Ciá; Buenos Aires; T. II; 1941; p. 230

título que: la herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley".

Llámesese entonces sucesión a la transmisión del patrimonio de una persona por causa de muerte. Ya sea a título universal a favor del heredero (s) o en forma particular al legatario (s) - de acuerdo a la voluntad expresa del testador. O bien por disposición de la ley.

De esta definición se desprenden las dos clases de sucesión existentes en nuestro derecho: la testamentaria (cuando existe testamento válido legalmente) y la legítima (por disposición de la ley) las cuales son objeto del siguiente inciso.

B.- CLASES DE SUCESION.

El Código Civil contempla exclusivamente dos clases de sucesión a saber:

I.- La testamentaria, y

II.- La legítima.

Estas se encuentran reglamentadas en el LIBRO TERCERO, en los Títulos Segundo y Cuarto respectivamente.

Debido a que la sucesión testamentaria presupone la existencia del testamento, y como veremos más adelante este contiene la manifestación de voluntad expresa del que lo realiza, es llamado por algunos autores como sucesión voluntaria.

En cuanto a la sucesión legítima es conocida también con el nombre de sucesión intestada o ab-intestato. A groso modo diremos que opera para el caso en que no haya testamento o si este -- existe no sea válido, o que no se disponga en el de todos los bienes; y en suplencia de la voluntad del testador el legislador determina los presupuestos básicos para tal efecto.

Algunos autores denominan sucesión mixta a aquella en la que intervienen las dos anteriores, por ejemplo se presenta --

cuando el testador no dispone de la totalidad de sus bienes en su testamento dejando parte de ellos fuera, por lo que el destino de éstos se resuelve según las reglas del intestado. Pero como ya hemos visto la ley no la establece y para tal efecto nos dice: "El testador puede disponer de todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima" (artículo 1283 del Código Civil).

En seguida analizaremos a cada una de las sucesiones de la manera siguiente:

I.- Sucesión testamentaria:

La sucesión testamentaria es la transmisión a la muerte de una persona de todo o parte de su patrimonio, efectuada conforme a su previa manifestación expresa de voluntad y contenida en un documento llamado testamento, que podrá ser hecho por cualquiera de las formas admitidas por el legislador.

El testamento.- Nuestro antiguo Código de 1884 definía en su artículo 3227 al testamento como un: "Acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos". Cabe hacer notar que se limitaba al testador, puesto que el legislador no tomó en cuenta que en el testamento no se lo se dispone de sus bienes propios, sino que algunas veces de lo ajeno, o también se pueden declarar derechos (revelaciones de paternidad) o se reconocen deudas.

Esta misma observación podemos hacer a la definición -- del maestro Lepaulle ya que él lo define diciendo: "El testamento es un acto escrito, celebrado con solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone de todo o de parte de sus bienes para -- después de su muerte". (12)

(12) LEPAULLE; Ob. Cit.; P.247

En la actualidad el Código Civil vigente en su artículo 1295 lo define diciendo que es: "El acto personalísimo. revocable y libre. por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y de derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

Al respecto nos dice el catedrático Antonio de Ibarrola "Falta a la disposición hacer resaltar el carácter de UNILATERAL que tiene el acto. Además, en vez de LIBRE, debía poner AUTONOMO: el testador no necesita autorización de nadie. Si se pone LIBRE, la palabra no hace resaltar ningún elemento nuevo en la definición ya que todo acto o contrato necesariamente debe serlo". (13)

De la definición legal se desprenden los siguientes elementos que caracterizan al testamento:

- a).- Es un acto jurídico unilateral.
- b).- Personalísimo;
- c).- Revocable,
- d).- Libre;
- e).- Debe ser ejecutado por persona capaz; y
- f).- Tiene por objeto disponer de los bienes y derechos del autor y declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

Podemos agregar un elemento más en virtud de los requisitos de formalidad que se requieren para su validez, es también un acto jurídico formal.

a).- Es un acto jurídico unilateral.- Aun cuando la ley no lo menciona así, sino solo como acto se sobreentiende que es - un acto jurídico, porque la manifestación de voluntad del testador la realiza con la intención de producir consecuencias de derecho, y el carácter de unilateral se refiere a que solo interviene una sola manifestación de voluntad .

(13) DE IBARROLA ANTONIO: Ob. Cit.; P. 646.

b).- Personalísimo.- Porque única y exclusivamente debe ser el testador en persona, quien manifieste su voluntad - no podrá ser representado por ningún tercero -, designando herederos, legatarios, asignando cantidades y distribuyendo sus bienes. Solamente podrá un tercero por disposición expresa del testador, quien fijará una cantidad global, hacer la distribución de cantidades - de bienes para determinado objeto, por ejemplo, como ayuda a los huérfanos, pobres etc., esto se encomienda al albacea, o a un tercero como albacea especial, o bien si desea dejar sus bienes a -- una institución de beneficencia, se le puede encomendar a un tercero lo seleccione. Pero en estos casos nótese que la intervención de el tercero es solo secundaria y la disposición es manifestada por el testador.

c).- Revocable.- La revocabilidad en el testamento indica que puede volver el testador a hacer otro testamento o bien modificarlo según lo considere necesario, puesto que este surte efectos hasta que él haya muerto y mientras tanto podrá disponer libremente de sus bienes.

"Esta característica exige que no puedan testar en un - solo acto dos personas. ¿Cómo podría revocarse lo hecho por uno -- sin revocar la disposición del otro testador?". (14)

La revocabilidad implica además que "...no puede el testador celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar el testamento, pues tal pacto no solo cuando implica renuncia, sino restricción o modificación, es inexistente por una imposibilidad jurídica". (15)

(14) FERNANDEZ AGUIRRE ARTURO: Ob. Cit.; P. 368.

(15) ROJINA VILLEGAS RAFAEL: "Compendio de Derecho Civil"; T. III; Ed. Porrúa, S.A.; México 1976; P. 382.

d).- Libre.- Como su nombre lo indica el testador tiene la facultad de disponer libremente de su patrimonio sin más res-
tricciones que las establecidas por la ley, por lo tanto es libre de ejercer o no el derecho de testar o de disponer de todo o par-
te de su patrimonio, y por ningún motivo pacto alguno podrá res-
tringirlo o hacerlo renunciar a éste derecho, porque será conside-
rado como inexistente y en virtud de que ninguna ley así lo esta-
blece.

e).- Debe ser ejecutado por persona capaz.- En virtud de ser el testamento un acto jurídico, se requiere para su validez que quién lo haga sea una persona capaz. De acuerdo a lo establecido por el Código en el artículo 1305. "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho". Señalando como incapacitados para testar a:

I.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres; y

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio. (artículo 1306).

Por consiguiente el testamento hecho por un menor de la edad señalada será nulo. Pero para el caso de los enajenados su capacidad se puede decir que es relativa ya que le es permitido y considerado válido el testamento cuando esta incapacidad sobrevenga después de realizado el testamento, siempre que se demuestre su sano juicio antes de haberlo realizado, o también si lo realiza en un momento de lucidez llevando a cabo las formalidades que para tal efecto establece la ley, disponiendo lo siguiente: el tutor o en su caso la familia del causante debe presentar una soli-
citud por escrito al Juez correspondiente a su domicilio el cual nombrará a dos médicos, si es posible especialistas, con el fin de examinar al enfermo y emitir un dictámen de su estado mental,



ENEP ARAGON

en cuyo examen deberá encontrarse el Juez presente, quien para -- cerciorarse de su lucidez podrá hacerle preguntas a aquél, levantándose un acta y si el dictámen es positivo se procederá a la -- formación del testamento, para lo cual se mandará traer al notario y los testigos, pues deberá celebrarse con las solemnidades que -- se utilizan en los testamentos públicos abiertos, al terminarlo -- firmarán el acta no solo el notario, los testigos y el Juez sino también los médicos que hayan intervenido en dicho examen, y por último al pie del testamento deberá ponerse una razón expresa de que durante todo el transcurso del acto el paciente se encontró -- lúcido ya que sin este requisito y su constancia se considerará -- nulo dicho testamento.

Con respecto a las personas enfermas la Suprema Corte -- nos dice en una jurisprudencia que: "El testamento de una persona será válido aun cuando físicamente se encuentre sumamente enfermo, siempre que esté mentalmente sano, que es lo que la ley requiere" (16)

f).- Tiene por objeto disponer de los bienes y derechos del autor y declarar o cumplir deberes para después de su muerte. Este elemento es esencial, y encuentra su base tanto en el derecho de testar como en el hecho de que el testamento es un acto libre.

El derecho de testar como he mencionado al inicio de es te capítulo, encuentra su fundamentación tanto en el derecho de -- propiedad como en la certidumbre de que los bienes de una persona servirán de ayuda a su muerte a sus seres queridos; por lo tanto se asegura una mayor estabilidad a la familia, así como también a las relaciones económicas.

(16) "Anales de Jurisprudencia", T. LXIV, T. pág. 145, año XVII, Segunda Epoca, Enero-Febrero-Marzo, 1950.

En cuanto a la forma, en virtud de que el testamento debe contener la manifestación de voluntad expresa del testador, la Ley exige formalidades que deben llevarse a cabo para tener la certeza y no dejen lugar a duda de lo establecido en dicho documento. Estas formalidades ya las iré señalando en cada uno de los testamentos que más adelante expongo.

Una vez terminado el estudio de los elementos del testamento, analizaremos quienes tienen capacidad para heredar:

La capacidad para heredar la tienen todas las personas de cualquier sexo o edad, a excepción hecha a ciertas personas y en relación con determinados bienes pueden perderla de acuerdo a las causas siguientes:

I.- Falta de personalidad.- Aquellos que no sean concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, los concebidos que no sean viables, tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima.

II.- Por delito.- Cometido en contra del autor de la herencia, sus padres, sus hijos, su cónyuge o sus hermanos, (y demás fracciones del artículo 1316). En estos casos se puede recobrar la capacidad para suceder por testamento "... si después de conocido el agravio el ofendido instituye heredero al ofensor o reválida la institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen al testar..." (artículo 1319). Y además todo acto inmoral (no solamente delito), que demuestre una conducta reprobable en contra del autor de la herencia, sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos.

III.- Por presunción de influencia contraria a la voluntad del testador.- el médico, su cónyuge, padres, hijos o hermanos que lo hayan asistido en su última enfermedad y haya hecho entonces su testamento, a excepción de los herederos instituidos que sean

también legítimos.

Y por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento son incapaces, el notario, los testigos, su cónyuge, hijos, padres o hermanos que intervengan en él. Esta misma incapacidad se impone a los ministros de culto que hayan asistido espiritualmente al testador durante la época en que hizo su testamento.

IV.- Por falta de reciprocidad internacional.- Es decir son incapaces los extranjeros que según las leyes de su país no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos.

V.- Por razones de orden público.- Se refiere a los ministros de los cultos quienes se encuentran incapacitados para heredar a otros ministros de algún culto o bien para heredar a terceras personas siempre y cuando no tengan parentesco dentro del cuarto grado. Asimismo se origina esta incapacidad para las asociaciones religiosas (iglesias), para los extranjeros de acuerdo al artículo 27 Constitucional, para las asociaciones extranjeras en cuanto a la adquisición de bienes raíces dentro de la república así como para todas las personas morales que establece el artículo 27 Constitucional.

VI.- Renuncia o remoción de un cargo conferido por testamento.- Son incapaces de heredar las personas que rehúsen sin justa causa el cargo de albacea, tutor o curador o que hayan sido removidos de este por mala conducta.

En el caso de que una persona rehúse sin justa causa ejercer la tutela legítima de los incapacitados; ya no podrá adquirir por herencia aunque el incapacitado lo instituya por testamento con posterioridad a la incapacidad.

Se requiere tener la capacidad para heredar en el momento

to de la muerte del autor de la sucesión, ya que si la incapacidad se origina después, no produce imposibilidad para adquirir bienes por cualquiera de las dos formas de sucesión. A excepción hecha en el caso de remoción del cargo conferido por testamento, que obviamente solo se presentará con posterioridad, o cuando se comprobe la mala conducta del albacea, tutor o curador. El maestro Rojina al respecto nos dice: que cuando la institución sea condicional se requiere, también, capacidad en el momento en que se realiza la condición, no es suficiente que el heredero o legatario hayan tenido la capacidad únicamente en el momento de la muerte del autor de la herencia.

Condiciones que pueden ponerse en los testamentos:

Las disposiciones testamentaria pueden someterse a condición pues de acuerdo al artículo 1314: "El testador es libre al establecer condiciones al disponer de sus bienes".

Condición es un hecho futuro e incierto, del cual depende de el cumplimiento de una obligación.

De acuerdo a la definición de condición al heredero o legatario se le llama condicional, cuando sus efectos se encuentran subordinados a la realización o no de un acontecimiento futuro e incierto.

Por lo que respecta a "La falta de cumplimiento de alguna condición impuesta al heredero o legatario no perjudicará a estos, siempre que hayan empleado todos los medios necesarios para cumplir aquella" (artículo 1346).

Podemos clasificar a las condiciones respecto a la institución de heredero o legatario de la siguiente manera:

- a).- Suspensivas y resolutorias;
- b).- Potestativas y mixtas;

a).- Suspensivas y resolutorias: las suspensivas son -- aquellas de las cuales depende la adquisición del derecho a la herencia o al legado; las resolutorias, por el contrario, son aquellas que solo producen la extinción a ese derecho.

Tratándose de una condición que solo suspende temporalmente la ejecución del testamento podrá el heredero o legatario adquirir derecho sobre la misma o hacer transmisión a sus herederos.

El artículo 1361 dispone: "La carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria".

b).- Potestativas, causales, y mixtas: las primeras son aquellas que dependen de la voluntad del favorecido o de un tercero, previstas por los artículos 1352 y 1353"., como disposiciones específicas, estatuye que si el beneficiario rehúsa aceptar la cosa o el hecho, no obstante que la persona ha sido gravada con esa carga, ofrezca cumplirla, la condición se tendrá por cumplida, corolario, del principio general de que se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado ejecute todos los hechos tendientes a su realización". (17).

El otro artículo dispone que: "La condición potestativa se tendrá por cumplida aún cuando el heredero o legatario haya -- prestado la cosa o el hecho antes de que se otorgara el testamento, a no ser que pueda reiterarse la prestación en cuyo caso no será esta obligatoria sino cuando el testador haya tenido conocimiento de la primera".

Las causales.- son aquellas condiciones que dependen -- del azar o acaso.

(17)AGUILAR CARVAJAL LEOPOLDO; "Segundo Curso de Derecho Civil"; Ed. Porrúa, S.A., México, 1967; p. 310

Las mixtas.- Como su nombre lo indica, estas dependen de la voluntad de los interesados (potestativa), como del azar -- (causal). Refiriéndose al artículo 1356 a la condición causal "... bastará que se realice en cualquier tiempo, vivo o muerto el tes-tador, si éste no hubiera dispuesto otra cosa.

Condiciones que anulan la institución:

a).- La condición física o legalmente imposible de dar o de hacer, impuesta al heredero o legatario (artículo 1347).

b).- Cuando se imponga la condición al heredero o lega-tario de hacer en su testamento alguna disposición en favor del -testador o de otra persona.

Se tienen por no puestas, las siguientes condiciones:

a).- La condición de no dar o de no hacer.

b).- La condición de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que contenga.

c).- La condición de tomar o dejar de tomar estado im-puesta al heredero o legatario.

Institución del heredero y legatario:

La llamada sucesión a título universal y la sucesión a título particular, dan lugar respectivamente, al surgimiento de -estas figuras, el heredero y el legatario.

El heredero es aquél que recibe a título universal, los bienes derechos y obligaciones de la sucesión testamentaria o le-gítima según se trate.

La institución del heredero.- esta no es necesario que se realice pues de acuerdo al Código Civil vigente: "El testam-to otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institu- -ción de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar". (artículo 1378).

El heredero no responde de las obligaciones del de-cujus

más allá del límite de lo heredado.

El heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario.

El legatario adquiere a título particular y no tiene -- más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos (ar tículo 1285).

En el caso de que el testador solo instituya lagatarios estos se considerarán como herederos.

A la muerte del testador, los herederos y legatarios adquieren respectivamente derecho a la masa hereditaria y al legado del que podrán disponer; pero no de las cosas que forman la suce sión (sino hasta la partición).

El legatario deberá aceptar o repudiar la totalidad del legado, es decir, o una u otra cosa, pues la ley no permite que - acepte una parte y repudie otra.

"Si se dejaren dos legados y uno fuera oneroso, el lega tario no podrá renunciar a éste y aceptar el que no lo sea. Si -- los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera". Artículo 1399.

"El término legado tiene dos acepciones; expresa la disposición del testamento por la cual el testador manda que de su - parte disponible se entregue a una persona o instituciones deter minadas, una parte alícuota de sus bienes o una o más cosas ciertas o determinadas, o cantidades de cosas. Expresa en segundo lu gar la parte alícuota o bien que es objeto de la disposición". -- (18).

De acuerdo al artículo 1392 del Proyecto del Código Ci-

vil "El legado puede consistir en la transmisión de cosas, de de- n de cosas
 rechos, o de bienes en general; en la ejecución de algún hecho o de algún
 servicio, o en la liberación de obligaciones" (19) obligaciones" (19).

Las substituciones: las substituciones:

En nuestra legislación es permitida la substitución vul- a substit
 gar y la recíproca únicamente. iproca únicamente.

La substitución vulgar es aquella en la cual puede el- la cual pu
 testador substituir una o más personas al heredero o herederos- heredo o here
 instituídos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no ue él, o
 puedan o no quieran aceptar la herencia (artículo 1472). Para el 1472).
 Lic. Sánchez Roman la substitución es la institución de un segun- ución de
 do o ulteriores herederos para el caso en que falte el primero o falte el pr
 el anteriormente instituído. rmente instituído.

La segunda es un caso de la vulgar: "La substitución re- La substit
 cíproca consiste en la institución de herederos sustituibles reci- substituib
 procamente, para el caso de muerte, incapacidad o renuncia de al- o renun
 guno de ellos". (20). Al respecto el Código Civil en vigor esta- vil en vigo
 blece "Si los herederos insituídos en partes desiguales fueren -desiguales
 substituídos recíprocamente, en la substitución tendrán las mis- a tendrán l
 mas partes que en la institución, a no ser que claramente aparez- clara mente
 ca haber sido otra la voluntad del testador". (artículo 1477)". (artículo

Las substituciones prohibidas, son las siguientes: on las siguientes

- 1.- Pupilar; - Pupilar;
- 2.- Ejemplar; - Ejemplar;
- 3.- Fideicomisaria. - Fideicomisaria;

(19) ROJINA VILLEGAS RAFAEL: Proyecto de Reformas al Código Civil del Distrito y Territorios Federales, Ed. Porrúa, México 1967, p. 119.

(20) ARAUJO VALDIVIA LUIS: "Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones"; Ed. Cajica, S.A.; México, 1965; p.p. 442 y 443.

1.- La pupilar.- "Es la institución que hace el que tiene la patria potestad, respecto de bienes que deja a su hijo menor de edad testamentaria.

2.- La ejemplar.- "Es la institución que hace un ascendiente respecto a bienes que no pudo testar su descendiente caren te de inteligencia" (21).

3.- La substitución fideicomisaria.- "Es aquella que establece el artículo 1482 que a la letra dice: "Se consideran fideicomisarias y en consecuencia prohibidas, las disposiciones que -- contengan prohibiciones de enajenar, o que llamen a un tercero a lo que queda de la herencia por la muerte del heredero, o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión".

La prohibición de las substituciones fideicomisarias se justifica en lo siguiente: impiden la circulación de la riqueza, estimulando el estancamiento de los bienes durante varias generaciones, poniendo en peligro la economía nacional.

El artículo 1479 establece: "No se reputa fideicomisaria la disposición en que el testador deja la propiedad del todo o en parte de sus bienes a una persona y el usufructo a otra a no ser que el propietario o el usufructuario queden obligados a transferir a su muerte la propiedad o el usufructo de un tercero".

De la lectura de este artículo nos damos cuenta que no se trata de una substitución, ya que son distintos los derechos que les asigna, al primero le deja la propiedad y al otro el usufructo. Por lo que esta disposición es permitida por la ley siempre que el propietario o el usufructuario tengan la obligación de transmitir sus derechos a otras personas.

(21) FERNANDEZ AGUIRRE ARTURO; Ob. Cit.; P. 472.

No se considera fideicomisaria la disposición por virtud de la cual el padre deje una parte o la totalidad de sus bienes a su hijo con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador, teniéndose en cuenta lo dispuesto por el artículo 1314, en cuyo caso el heredero se considerará como usufructuario (artículo 1480), - recordemos que el artículo 1314 se refiere a la falta de personalidad para poder heredar -, agrega el Código que la disposición anterior será nula cuando la transmisión deba hacerse a descendientes de ulterior grado.

Por último el establecimiento de estas cláusulas fideicomisarias en el testamento no nulifican la institución de herederos, ni la del legatario únicamente se tendrán por no escritas de acuerdo al artículo 1478.

Son nulos los testamentos:

- 1.- El hecho bajo la influencia de amenazas contra su persona, sus bienes o contra la persona de su cónyuge o parientes;
- 2.- Es nulo el testamento captado por dolo o fraude;
- 3.- Aquel en el cual el testador se expresa por señales o monosílabos, como respuesta a las preguntas que se le hagan. Y el que,
- 4.- Es otorgado en contravención a lo dispuesto por la ley.

"El testamento para que caduque es necesario: que sea existente y válido. La caducidad proviene de acontecimientos que no dependen de la voluntad del testador". (22)

Las disposiciones testamentarias caducan en lo relativo a los herederos o legatarios:

1.- Cuando mueren antes que el testador, o de que se -- cumpla la condición de que depende la herencia o legado.

2.- Si renuncia a su derecho.

3.- Si se hace incapaz.

La forma en los testamentos:

De acuerdo al Código Civil vigente los testamentos se - clasifican en cuanto a su forma en ordinarios y especiales.

1.- Son ordinarios:

a).- Público abierto;

b).- Público cerrado; y

c).- Ológrafo.

2.- Los testamentos especiales son:

a).- Privado;

b).- Militar;

c).- Marítimo; y,

d).- Hecho en país extranjero.

Las formalidades en general para toda clase de testamen - tos son:

1.- Continuidad en el acto de la celebración del testa - mento, esto significa que el testamento debe ser realizado en un solo acto, nunca debe suspenderse o interrumpirse.

2.- Existencia de testigos.- como ya veremos más adelan - te, en todos los tipos de testamentos se requieren éstos, no sien - do en todos el mismo número. No podrán ser testigos; los amanuen - ces del notario que autorice el testamento, los menores de dieci - séis años, los que no estén en su sano juicio, los ciegos, sordos o mudos, los que no entiendan el idioma del testador, los herede - ros o legatarios; sus escendientes, descendientes, cónyuge o her - manos y, los que hayan sido condenados por delito de falsedad (ar - tículo 1502).

La identidad del testador. Debe ser hecha por el notario como los testigos que intervengan. Pero si esta no pudiese verificarse, debe declararse dicha circunstancia y en su caso agregar todas las señales que caractericen la persona de aquél (artículo 1505), de lo contrario no tendrá validez el testamento.

4.- Capacidad del testador.- esta ya ha sido estudiada con anterioridad, vimos que se requiere: ser mayor de dieciséis años, y encontrarse en su cabal juicio de manera accidental o habitual.

5.- Libertad del testador.- el notario y los testigos, o sino interviene notario, estos últimos deben hacer constar de manera expresa y clara que el testador se encontraba libre de cualquier coacción.

A continuación expongo de manera breve los testamentos;

Los testamentos ordinarios.- se caracterizan porque pueden realizarse en circunstancias normales, y se revisten de un mayor número de solemnidades, son los siguientes:

El testamento público abierto.- "Se llama público porque se otorga ante notario y, por lo tanto es un instrumento público que, además de estar hecho ante la fe del Notario, requiere como mínimo la concurrencia de tres testigos idóneos (y en casos especiales un mayor número).

Y se llama abierto porque precisamente se otorga en el Protocolo del Notario queda archivado en el Archivo Público de Notarias y por tanto, puede ser consultado por cualquier interesado". (23)

Este testamento se otorga en presencia del notario y tres testigos idóneos, expresando el testador de una manera clara

(23) URIBE LUIS F.; Ob. Cit.; p. 179.

y precisa su voluntad. El Notario debe sujetarse a la voluntad -- del testado y redactar las cláusulas por escrito, las deberá de leer en voz alta para que el testador manifieste o no su conformidad, en caso afirmativo todos firmarán el instrumento, haciéndose constar el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. Si algún testigo no sabe escribir puede firmar otro de ellos por él, - pero se requiere por lo menos la firma de dos testigos, intervendrá otro testigo más solo en el caso que el testador no pudiese o no supiera firmar y solo por extrema urgencia podrá firmar uno de los instrumentales, haciéndose constar tal circunstancia.

En caso de que el testador fuera sordo y no sepa o no pueda leerlo, designará a una persona que lo haga a su nombre.

Si es ciego el testador, el testamento debe ser leído - dos veces una por el notario y la otra por persona que designe el testador.

Si el testador no habla español, será necesaria la presenza de dos intérpretes, y los testigos deberán hablar el idioma del testador, éste redactará su testamento por escrito, solo - en el caso de que no pueda o no sepa escribir lo hará uno de los intérpretes, escribiendo lo que dicte aquél, una vez leído y aprobado por el testador, se hará la traducción al español por los intérpretes y en los dos casos se transcribe la traducción del testamento en el Protocolo respectivo y el original se archiva en el apéndice correspondiente del notario que haya intervenido. Acto - continuo el notario dará fe de haberse llenado todas las formalidades.

A falta de las solemnidades antes mencionadas queda sin efectos el testamento, y asume la responsabilidad el notario (ar-
tículos 1511 a 1520).

El testamento público cerrado,- Es aquel en el cual el

testador hace sus disposiciones en un documento privado, guardándolo en un sobre cerrado; este puede ser escrito por el testador o bien por otra persona a su ruego, deberá el testador firmar al calce y rubricar todas las hojas, si no puede o no sabe lo hará otra persona a solicitud suya.

El papel en que esté hecho debe estar cerrado y sellado o bien podrá hacerlo en el momento del otorgamiento y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos, declarando que en aquél pliego esta contenida su última voluntad, el notario dará fe del otorgamiento con expresión de las formalidades, extendiendo esta constancia en la cubierta del testamento, así como las estampillas y la firma del testador, de los testigos y el notario, quien pondrá su sello. Salvo en el caso de que un testigo no sepa firmar se llamará a otra persona ya que se requieren tres firmas. Si se trata del testador, que este no pueda firmar, lo hará otra persona en su nombre no debiendo hacerlo ninguno de los testigos (artículo 1528), solo en los casos de suma urgencia podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no haya sabido hacerlo o bien por el testador (artículo 1529), haciéndose constar esa circunstancia por el notario expresamente.

No pueden hacer este tipo de testamentos aquellos que no saben o no pueden leer.

Si podrá hacer testamento cerrado el sordo-mudo en el caso de que todo el escrito, fechado y firmado, lo haya hecho de propia mano, presentándolo al notario ante cinco testigos, y que escriba en presencia de estos sobre la cubierta, que aquel pliego contiene su última voluntad y lo firme. El notario declarará en la cubierta que el testador así lo escribió. Si el testador no puede firmar la cubierta se estará a lo dispuesto en el artículo 1528 y 1529 (señalados anteriormente), el notario dará fe de la -

elección de uno de los testigos que firme por él.

Si solo es mudo o solo es sordo, también podrá hacer -- testamento cerrado, escribiendolo en su propia mano, o si lo es--cribió otro que así lo anote el testador, y lo firme él, sujetan--dose a las solemnidades para tal efecto.

A falta de alguna de las formalidades queda sin efecto el testamento y el notario será responsable.

Una vez autorizado el testamento le será devuelto al tes--tador, anotando el notario en el Protocolo, el lugar, año, mes y día de dicho acto. El testador podrá conservarlo o entregarselo a una persona de su confianza o depositarlo en el archivo judicial con las solemnidades para ello establecidas, que también deberá cum--plir cuando desee retirarlo, esto lo hará cuando así le parezca.

Se requiere poder otorgado en escritura pública para la entrega y extracción del testamento.

El juez que recibe un testamento cerrado, mandará llamar al notario y a los testigos que concurrieron para su otorgamiento con el fin de que reconozcan sus firmas y la del testador, o la de la persona que lo haya hecho por él y, declaren si en su con--cepto esta cerrado y sellado como lo estaba en el acto de entrega solo así podrá ser abierto. Ahora que sino pueden comparecer todos, bastará el reconocimiento de la mayor parte y el del notario, si no comparece ninguno el juez así lo hará constar. Solo así el -- juez decretará la protocolización del testamento.

Quedará sin efecto cuando se encuentre abierto o roto - el pliego interior, o con alguna borrarura, raspadura o enmendadu--ra en las firmas aún cuando no sea vicioso el contenido.

Si alguna persona no lo presenta o lo sustrae dolosamen--te perderá el derecho que pudiera tener si fuera heredero por in--testado. (Son mencionados los artículos 1521 a 1549).

Testamento Ológrafo: es aquel testamento escrito por -- el testador de propia mano, siempre que sea mayor de edad y que -- este totalmente escrito por él, firmado por éste mismo, con la -- expresión del día, mes y año en que se otorga. En caso de ser ex-- tranjeros lo otorgaran en su propio idioma.

Las palabras tachadas o enmendadas sólo afectan su va-- lidez pero no la del testamento, pudiendo ser salvadas con la -- firma del testador abajo de ellas.

Deberá hacerse por duplicado el testamento, imprimien-- do en cada uno, su huella digital, guardandose en un sobre cerra-- do y lacrado por separado ambos ejemplares. El original se pre--- senta ante el Registro Público de la Propiedad y se manifiesta -- ante el director y en presencia de dos testigos (sino es conoci-- do el testador del encargado de la oficina) que lo identifiquen, por escrito de su puño y letra en el sobre que contiene dicho do-- cumento que "Dentro de este sobre se contiene mi testamento", ex-- presando el lugar y fecha del depósito, firmando la constancia -- el testador y el encargado de la oficina y los testigos si los hu-- bo. Al duplicado le pondrá el encargado de la oficina "Recibí el pliego cerrado que el señor afirma contiene original -- su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo se -- ñor, existe dentro de este sobre un duplicado". Lugar fecha y fir-- ma del encargado de la oficina, de el testador y los testigos, so-- lo en caso de imposibilidad de el testador el encargado de la -- oficina acudirá al lugar donde se encuentre aquél, para cumplir -- las formalidades.

El testador personalmente o por medio de un mandatario con poder solemne podrá retirar del Registro Público y del Archi-- vo (si llevó ahí su duplicado) su testamento para lo cual se toma razón.

El juez ante el cual se promueva el intestado pedirá -- información al encargado del Registro Público del lugar, acerca -- de si en su oficina no se encuentra depositado algún testamento -- ológrafo del autor de la herencia. Toda persona que guarde o que tenga conocimiento de que el duplicado esta depositado en el Re-- gistro Público debe comunicarselo al juez, quien lo mandará pedir pues únicamente, el testador o el juez podrán hacerlo.

Una vez recibido examinará la cubierta, cerciorandose -- de que no ha sido violada, los testigos reconoceran su firma y la del testador y en presencia del Ministerio Público los interesa-- dos y los testigos deberá abrirse, en caso de llenar todos los re-- quisitos se declarará formal. En el caso de ser destruído o roba-- do el original se tendrá por formal testamento el duplicado, pro-- cediendose de la misma manera que con el original, quedara el tes-- tamento ológrafo sin efecto cuando los dos esten rotos, el sobre estuviese abierto o las firmas estén borradas, raspadas o enmenda-- das (el testamento ológrafo se encuentra regulado en los artícu-- los 1550 al 1564).

Los testamentos especiales.

Son aquellos que se otorgan en virtud de un caso espe-- cial de emergencia previsto por la ley, y participan de las mis-- mas características es decir; caducan al mes después de que desa-- parece la emergencia que los motivo y son permitidos en los casos en que existe imposibilidad de otorgar cualquiera de los ordina-- rios. Pero es aplicable solo a los testamentos; privado, militar y marítimo, ya que el hecho en país extranjero no participa de lo antes dicho, como veremos más adelante.

Testamento Privado.- Es aquel que de acuerdo al artícu-- lo 1565, esta permitido en los casos siguientes.

I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedan tan

violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a ha-
cer testamento;

II.- Cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría;

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

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

El testador que se encuentre en cualquiera de estos ca-
sos podrá hacer su testamento privado, manifestando su voluntad -
ante cinco testigos idóneos y redactará por escrito su testamento
en caso de que no pueda hacerlo lo redactará cualquiera de los --
testigos, si ninguno de los testigos sabe escribir y en casos de
suma urgencia no será necesario redactarlo por escrito y en ese -
caso bastará con la presencia de tres testigos idóneos.

"El testamento privado solo surtirá sus efectos si el -
testador fallece de la enfermedad o en el peligro que se hallaba,
o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó" (ar-
tículo 1571)

Además para su validez se requiere que la declaración -
de los testigos que firmaron u oyeron la voluntad del testador --
sea la misma en relación con: el lugar, hora, día, mes y año en -
que se otorgó el testamento; si reconocieron, vieron, oyeron cla-
ramente al testador; el tenor de la disposición; si el testador -
estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción; el moti-
vo por el que se otorgó este tipo de testamento, si saben que el
testador falleció o no de la enfermedad o el peligro en que se ha-
llaba.

A la muerte del testador los interesados pedirán inme-

diatamente (si tienen conocimiento de que realizó testamento privado), la declaración de los testigos, si los testigos fueron idóneos y estuvieron de acuerdo con las circunstancias ya señaladas en el párrafo anterior el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de quien se trate.

Si no se presentare algún testigo porque haya muerto o se encontrase ausente, se hará la declaración con los restantes, con tal de que no sean menos de tres. Si se encontrasen fuera los testigos y se supiera el lugar se les examinará por exhorto (son aludidos los artículos 1565 a 1578 del Código Civil vigente).

Testamento Militar.- Es permitido hacer testamento militar a aquellos que sean militares o asimilados al ejército, cuando se encuentran en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla o que lo hagan prisionero de guerra, deberá declarar su voluntad ante dos testigos o entregarles a los mismos el pliego cerrado que contenga su última voluntad firmada de su puño y letra. En este último caso si es escrito el testamento, cuando muera el testador, aquél que lo recibió lo deberá entregar al jefe de la corporación, quien lo remitirá a la Secretaria de la Defensa y a su vez ésta a la autoridad judicial competente. Pero si solo se otorgó de palabra, los testigos deberán instruir de él al jefe de la corporación quien procederá de igual manera, dará parte a la Secretaría y esta a la autoridad competente a fin de que proceda, teniendo en cuenta las disposiciones del testamento privado relativas a los testigos. (este testamento encuentra su reglamentación en los artículos 1571 al 1578 del Código Civil).

Testamento Marítimo.- Puede realizarse por aquellos que se encuentren en alta mar, abordo de navíos de la marina nacional sea de guerra o mercantes. Deberá constar por escrito, celebrarse en presencia de dos testigos y del capitán del navío, se dará lec

tura de el, luego se fecha y firma por el capitán y los dos testigos, se hará por duplicado y los conservará el capitán tomando razón en el libro diario del buque. Si arriba el buque en algún puerto donde haya agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, deberá depositar el capitán uno de los ejemplares, fechado y sellado, con una copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación, cuando arribe a territorio mexicano, entregará el otro ejemplar, o los dos si es que no lo ha entregado a la autoridad marítima de otro lugar. En ambos casos el capitán exigirá recibo de la entrega, por su parte las autoridades marítimas o agentes diplomáticos levantarán un acta de la entrega que remitirán al Ministerio de Relaciones Exteriores, quien mandará publicar en los periódicos la noticia de la muerte del testador con el fin de que los interesados promuevan la sucesión.

El testamento marítimo produce sus efectos al fallecer el testador en el mar, o dentro de un mes contado a partir de la fecha de desembarque donde, conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar o hacer de nuevo su testamento. Si desembarcaron en un lugar donde no haya agente diplomático y no se sabe si murió, ni cuando ocurrió esto se procede conforme a las reglas de los ausentes.

El testamento hecho en país extranjero.- Los testamentos hechos en país extranjero producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorga (artículo 1593). En cuyo caso los secretarios de Legación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notarios o de encargados del Registro, cuando se trate del otorgamiento de los testamentos de los mexicanos en el extranjero para los casos en que se desee que las cláusulas testamentarias se ejecuten en el Distrito Federal; dichos funcio-

narios deberán enviar una copia, del testamento otorgado ante - - ellos, al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que en el ca-so de muerte del testador, publique este hecho a fin de ponerlo - en conocimiento de los interesados, así como que otorgó testamen-to en país extranjero ante determinado agente consular o diplomático, a fin de que promuevan la apertura del testamento.

Hacen las veces de encargados del Registro cuando se -- trata de testamento ológrafo, en cuyo caso deberá cumplir las disposiciones que para tal efecto establece el Código al respecto. - El funcionario que intervenga remitirá el testamento por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días, el encargado del Registro Público del domicilio, que dentro del Distrito Federal señala el testador. Si el testamento es con-fiado a cualquiera de los funcionarios ya mencionados con anterioridad, hará mención de tal circunstancia y dará recibo de la en-trega.

El papel que se utilice para los testamentos llevará el sello de la legación o consulado de que se trate. (reglamentado - en los artículos 1593 a 1598 del Código Civil).

En relación a estos testamentos el Lic. Araujo nos dice "Este testamento en realidad no es un testamento especial, porque no se trata de un testamento que se otorgue en una emergencia, de suerte que el testador puede ocurrir ante un notario o en general ante los funcionarios que corresponda, conforme a la ley del país en que se encuentra, para hacer su testamento válidamente".

Agrega más adelante "... que tampoco caduca en un plazo corto como los anteriores, o sea un mes después de que cesó la -- emergencia, sino que, otorgándose conforme a las leyes del lugar en que se encuentre un ciudadano mexicano, es válido y su dura--ción es indefinida o igualmente, si se otorga ante un Secretario

de Legación, Cónsul o Vicecónsul mexicanos, quienes entonces hacen las veces de notario, o encargados del Registro Público de la Propiedad". (24)

Me parece pertinente y acertada la observación del Lic. Araujo, pues cierto es que no participa este testamento de las mismas características que los tres anteriores. Pero una vez estudiado nos damos cuenta de que no es especial por sus características (que ya vimos que no tiene las mismas) sino por su realización y efectos.

II.- La Sucesión Legítima:

La sucesión legítima es la transmisión del patrimonio de una persona a su muerte, que se efectúa de acuerdo a las disposiciones establecidas por el legislador, en suplencia de la presunta voluntad del autor de la herencia en base a los vínculos de sangre. Al respecto explica Lepaulle que: "El legislador organiza el derecho hereditario de acuerdo a los vínculos de familia según el criterio social que debe presidir tales relaciones en cada pueblo". Más adelante nos dice: "En síntesis, la sucesión abintestado, en el derecho antiguo como en el moderno, se ha fundado en la organización del grupo doméstico y en el concepto que se forma el legislador sobre su carácter y exigencias, lo mismo que acerca de sus relaciones que origina". (25)

La herencia legítima se abre, de acuerdo al artículo 1599:

I.- Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez;

II.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes.

(24) ARAUJO VALDIVIA LUIS: Ob. Cit.; p. 189.

(25) LEPAULLE: Ob. Cit.; p. 201.

III.- Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;

IV.- Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado - - substituto.

El ilustre catedrático Rafael Rojina, hace una clasificación más para los casos de apertura de la herencia legítima por ineficacia del testamento; "La ineficacia del testamento tiene lugar: 1.- Cuando es inexistente; 2.- Cuando esta afectado de nulidad absoluta; 3.- Cuando esta afectado de nulidad relativa" (26)

El Código dispone que "Cuando siendo válido el testamento no deba subsistir la institución de heredero, subsistirán, sin embargo, las de más disposiciones hechas en él, y la sucesión legítima sólo comprenderá los bienes que debían corresponder al heredero instituido". (artículo 1599).

Los parientes más próximos excluyen a los más remotos - (artículo 1604). Este artículo toma en cuenta los vínculos de sangre y es el principio por el cual el legislador se guía para establecer el orden en que pueden acudir a recibir los herederos en la sucesión legítima. Establecido en el artículo 1602:

"Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I.- Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y en ciertos casos la concubina:

II.- A falta de los anteriores la beneficencia pública;

Por lo consiguiente únicamente tienen derecho a heredar los parientes por consanguinidad y por adopción, no existe herencia legítima por afinidad. "El parentesco por consanguinidad de derecho

(26) ROJINA VILLEGAS RAFAEL: Ob. Cit.; p. 415 y 416

heredar sin limitación de grado en línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado. El parentesco por adopción da derecho a heredar entre el adoptante y el adoptado". (27)

Los parientes que se hallaren en el mismo grado, heredarán por partes iguales (artículo 1605)

La sucesión de los descendientes.- Si a la muerte de los padres quedan solo hijos, la herencia se repartirá entre todos, por partes iguales. Los hijos naturales, tendrán los mismos derechos que los legítimos. Si además de los hijos quedan descendientes de hijos muertos con anterioridad, heredarán por estirpe, es decir, a cada conjunto de hermanos le corresponderá la porción que hubiera tocado a su padre si aun viviera.

Si concurren los descendientes con el cónyuge superviviente, a éste le corresponderá porción igual que a un hijo, cuando no tenga bienes, ya que si los tiene solo le tocará la cantidad que le falte para igualar esa porción. Si concurren los hijos con descendientes, estos tendrán derecho a alimentos, que en ninguna circunstancia excederán de la porción de un hijo. El adoptado hereda como hijo.

De la sucesión de los ascendientes.- A falta de descendientes y cónyuge, heredarán los ascendientes. considerándose en primer término, al padre y a la madre, con iguales derechos; a falta de estos, a los ascendientes de ulterior grado, en cuyo caso se dividirá la herencia en partes iguales, una para los parientes paternos y otra para los maternos quienes a su vez se dividirán o no la parte que les corresponda según sea necesario,

De la sucesión del cónyuge.- Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se divide en dos partes

7) BONNECASE JULIAN: Ob. Cit.; T. III, p. 454

de las cuales, una se aplica al cónyuge y la otra a los ascendientes. Si concurre el cónyugesupérstite con hermanos del autor de la sucesión, le corresponderán las dos terceras partes de la herencia y el tercio restante se repartirá entre éstos. No existiendo descendientes, ascendientes o hermanos el cónyuge que sobrevive heredará todos los bienes. La mujer que hubiese vivido con el autor de la sucesión hasta el momento de su muerte en unión libre tendrá los mismos derechos sucesorios que la esposa legítima, - siempre y cuando esa unión hubiese durado más de cinco años, o hubiesen procreado hijos, que solo sea una la mujer que se encuentre en las anteriores condiciones y que ambos hubiesen permanecido libres de matrimonio.

De la sucesión de los colaterales.- A falta de todos los anteriores, sucederán los parientes colaterales hasta el cuarto grado, por el siguiente orden: hermanos, sobrinos, tíos y primos. Si el autor de la herencia carecía de todos los parientes anteriormente citados, heredará la beneficencia pública.

De la sucesión de la Beneficencia Pública.- A falta de todos los herederos citados con anterioridad sucede la beneficencia la cual en caso de que existan bienes raíces; que no puede adquirir en virtud de la prohibición establecida por el artículo 27 constitucional, estos deberán venderse en pública subasta y se aplicará el precio a ésta.

C. DISPOSICIONES COMUNES A LAS SUCESIONES TESTAMENTARIA Y LEGITIMA

De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta:

La viuda que hubiese quedado encinta, deberá dar aviso al juez, quien lo notificará a los que tengan derecho a la herencia, o bien el aviso lo podrá hacer hasta la época del alumbramiento.

miento, la falta de dicha notificación no perjudica la legitimidad del hijo si por otros medios lo acredita. Ya que aun cuando - tenga bienes deberá ser alimentada con cargo a la masa hereditaria. En caso de que la viuda no haga los avisos señalados, los interesados pueden negarle los alimentos, cuando tenga bienes, pero si por averiguaciones previas resulta cierta la preñez, deberán abonarse los alimentos que dejaron de pagarse, los cuales no esta obligada a devolver en caso de aborto, o que no resulte cierta la preñez, salvo en caso de que ésta hubiere sido contradicha por -- dictamen pericial, La división de la herencia se suspende hasta el parto o el término máximo de la preñez, más los acreedores podrán ser pagados por mandato judicial.

De la apertura y tramitación de la herencia:

Tiene lugar la apertura: Cuando muere el autor de la herencia; y cuando se declara la presunción de muerte del ausente. Es el albacea quien debe promover la reclamación de la totalidad de la herencia, siendo moroso, los herederos pueden pedir su remoción. En caso de no haber albacea cada uno de los herederos podrá hacer la reclamación conjuntamente con otros. El derecho a reclamar la herencia prescribe a los diez años.

De la aceptación y repudiación de la herencia:

La aceptación de la herencia es un acto jurídico unilateral, por el cual el heredero manifiesta expresa o tácitamente - su voluntad en el sentido de aceptar, los derechos y obligaciones del autor de la masa hereditaria.

La repudiación, también es un acto unilateral por el -- cual el heredero renuncia a su calidad de tal, por escrito ante - el juez, o por medio de instrumento público otorgado ante notario cuando el heredero no se encuentre en el lugar del juicio.

Nadie puede aceptar o repudiar en parte la herencia, --

con plazo o condicionalmente.

Estos derechos son transmisibles ya que si el heredero fallece, se transmite su derecho a sus sucesores.

Para el caso de un heredero sea instituido por testamento y llamado a una herencia ab intestado, si repudia a la primera se entiende que también lo hace por la segunda. En cambio, el hecho de renunciar a la herencia legítima, desconociendo la existencia de un testamento, no presume la renuncia de la testamentaria. Para poder aceptar o repudiar la herencia se requiere que el autor de la sucesión fallezca.

La aceptación y la repudiación pueden ser hechas por todos los que tienen la libre disposición de sus bienes. Los menores e incapacitados podrán aceptarla o repudiarla a través de sus tutores, previa audiencia del Ministerio Público.

La mujer casada no necesita de la autorización de su marido para hacer la aceptación o repudiación de la herencia.

Aquellas personas morales capaces de adquirir, harán la repudiación o aceptación por medio de sus representantes legítimos; ahora que si son corporaciones de carácter oficial requieren aprobación judicial previa audiencia del Ministerio Público para repudiar la herencia. Y si se trata de beneficencias privadas deben sujetarse a lo establecido por la ley de Beneficencia Privada.

En cuanto a los establecimientos públicos no pueden aceptar ni repudiar herencias sin consentimiento de la autoridad administrativa superior.

La aceptación y la repudiación, son irrevocables a menos que se otorguen con dolo o violencia.

Si la repudiación la hiciese el heredero en perjuicio de

sus acreedores, estos pueden pedir al juez que los autorice para aceptar en nombre de aquél. Y en este caso la aceptación será para cubrir el pago de sus deudas y si hay remanente pertenecerá al que llame la ley y no al que hizo la renuncia. Este beneficio no será aprovechado por los acreedores posteriores a la repudiación. Si el que repudia de herencia no desea que los acreedores la acepten, deberá pagarles sus créditos.

El que sea declarado heredero a instancias de un legatario o acreedor hereditario, no tendrá necesidad de promover juicio pues será considerado como tal por los demás. (artículos del 1649 al 1678 del Código Civil)

De los albaceas:

"La palabra albacea tiene su origen en la arabe al-waci que significa ejecutor o cumplidor, y también, históricamente, -cabezalero, mansesor y fideicomisario.

El Diccionario de la Academia Española de la Lengua define al albacea como la persona encargada por el testador o por el juez de cumplir la última voluntad y custodiar los bienes del finado." (28)

Al respecto podemos decir que es incompleta, porque el Código Civil vigente permite que no solo el testador o el juez designen al albacea, sino que también puede hacerlo el heredero de acuerdo al artículo 1682, cuando el testador no lo hubiera hecho o el nombrado no desempeñare el cargo, para lo cual se requiere la mayoría de votos de los herederos que representen la mayor parte de las porciones (no por el número de personas) y solo que no haya mayoría lo nombrará el juez, de entre los propuestos, -- también lo nombrará en el caso de que no hubiere herederos o el

(28) Cfr: DE PINA VARA RAFAEL; Ob. Cit.; P. 378

nombrado no entre a la herencia y no haya legatarios. Pues si los hay estos podrán hacerlo en forma provicional, al igual que el juez mientras que se declaran los herederos legítimos, quienes harán la elección después, pero si toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios nombrarán el albacea.

En cuanto a que cumpla la última voluntad del testador podemos pensar que no siempre existe testamento, y que por lo tanto no siempre se trata de la última voluntad de éste, es decir, a falta del testamento el legislador en presunción de la voluntad del de-cujus establece normas para la transmisión del patrimonio del autor de la sucesión.

Podemos decir de acuerdo con el maestro Rojina Villegas que "los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y, en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias". (29).

En lo conducente al Código Civil establece en el artículo 1706 en sus fracciones VII y VIII, le imponen la obligación al albacea de defender en juicio y fuera de él, a la herencia y la validez del testamento, así como representar a la sucesión en todos los juicios que hubieran de promoverse en su nombre o que se promovieren en contra de ella.

Podrán ser albaceas las personas que tengan la libre disposición de sus bienes, incluyendo a la mujer, siempre que sea mayor de edad podrá hacerlo sin la autorización de su esposo.

"No podrán ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos:

I.- Los magistrados y jueces que estén ejerciendo ju-

(29) Cfr: ROJINA VILLEGAS RAFAEL: Ob. Cit.; P. 328.

jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión;

II.- Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea;

III.- Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad.

IV.- Los que no tengan un modo honesto de vivir. (artículo 1680)

Pueden ser nombrados uno o más albaceas por el testador. Si no ha sido nombrado ningún albacea en el testamento y el heredero fuera único, lo será éste, y si es incapaz desempeñará el cargo su tutor.

Clases de albaceas.- Encontramos varias, de acuerdo al Código Civil y a la doctrina son las siguientes:

Albaceas universales y especiales, mancomunados y sucesivos, testamentarios, legítimos y dativos o judiciales.

Por lo que hace a sus atribuciones, de acuerdo a la doctrina pueden ser;

Los albaceas universales.- Son aquellos que tienen la obligación de cumplir todas las disposiciones testamentarias, así como de representar a la sucesión, cuando son designados por el testador. Y solo tienen la función de representar a la herencia, cuando son nombrados por los herederos o el juez.

Los albaceas especiales.- A los cuales se les encarga una función expresamente determinada por el testador. Pues los herederos o el juez solo nombran a los que tienen el carácter de universales.

En cuanto a su forma:

Los albaceas mancomunados.- son aquellos que deben hacer las cosas de consuno, o bien cuando uno de ellos las haga, deberá estar legalmente autorizado por los demás, por la mayoría o

falta de estos por el juez. Y son designados por el testador o -- por los herederos, o legatarios en su caso, cuando son considerados como herederos. (artículos 1692, 1693 y 1694)

Los albaceas sucesivos.- Son aquellos que desempeñan su cargo en el orden que se indique en el testamento, ya sea por muerte, renuncia o remoción de alguno de ellos. (artículo 1692)

Los albaceas testamentarios.- Son aquellos que designa el testador y pueden ser universales, especiales, mancomunados o sucesivos.

Los albaceas legítimos.- Son aquellos que designan los herederos, cuando no haya albacea testamentario, haya renunciado o sea removido de su cargo. (artículo 1682 a 1685)

Albacea judicial o dativo.- Es aquel que es nombrado -- por el juez (artículo 1687)

En seguida mencionaré a grandes razgos las principales obligaciones del albacea, ya que sobre estas profundizaré más en el inciso "A" del capítulo siguiente y último.

De acuerdo al artículo 1706 del Código Civil "Son obligaciones del albacea general:

I.- La presentación del testamento;

II.- El aseguramiento de los bienes de la herencia;

III.- La formación de inventarios;

IV.- La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo;

V.- El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y -- testamentarias;

VI.- La partición y adjudicación de los bienes entre -- los herederos y legatarios;

VII.- La defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento;

VIII.- La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra de ella;

IX.- Las demás que le imponga la ley.

También esta obligado a garantizar su manejo.

En caso de que algún heredero o varios no estén conformes con el albacea nombrado por la mayoría, tienen derecho de nombrar un interventor, cuyas funciones se limitarán a vigilar el exacto cumplimiento del cargo de aquél. Y los casos en que debe nombrarse un interventor son los siguientes: I.- Cuando el heredero esté ausente o no sea conocido; II.- Cuando la cuantía de los legales iguale o exceda a la porción del heredero albacea; III.- Cuando se hagan legados para objetos o establecimientos de Beneficencia Pública. (artículo 1731)

Termina el cargo de albacea o interventor:

a).- Por el término natural del cargo, por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo;

b).- En caso de muerte;

c).- Cuando sea declarado incapaz;

d).- Por excusa que el juez califique de legítima (artículo 1698), con audiencia de los interesados, y del Ministerio Público cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública;

e).- Cuando los herederos revoquen su nombramiento;

f).- Cuando sean removidos, por sentencia pronunciada en el incidente respectivo, promovida por parte legítima.

En el mismo acto de la revocación deberán los herederos nombrar el sustituto.

Quando los herederos hagan la revocación del nombramiento del albacea, y éste haya recibido también un encargo especial

del testador, no quedará privado de dicho encargo por la revocación, sino que será considerado entonces como ejecutor especial, y recibirá del nuevo albacea general las cantidades o cosas necesarias para que cumpla la parte del testamento que haya quedado a su cargo.

El albacea removido de su cargo sin causa justificada tiene derecho a percibir lo que el testador le haya dejado por el desempeño de su cargo o lo que le designe la ley, a su elección.

Del inventario y de la liquidación de la herencia;

"Dentro de diez días de haber aceptado su cargo el albacea debe proceder a la formación de inventarios y avalúos, dando aviso al juzgado -para que designe el juez un perito valuador, si no lo han designado los herederos por mayoría de votos- y dentro de los sesenta días de la misma fecha deberá presentarlos" (artículo 816 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). Debe nombrarse el perito valuador a efecto de que el inventario y el avalúo si es posible se ejecuten en el mismo acto.

En caso de que el albacea no inicie la formación del inventario, éste podrá ser promovido por cualquier heredero. Y si el albacea no lo presenta en el plazo antes señalado será removido de su cargo.

El inventario en razón a las solemnidades con que se -- lleva a cabo puede ser simple o solemne;

El inventario simple.- Procede cuando no haya herederos menores de edad, ni tampoco lo sea la beneficencia pública, es de cir que se realiza ante los herederos, legatarios, acreedores, Ministerio Público y representantes de la Hacienda Pública.

El inventario solemne.- Se realiza cuando hay menores y la beneficencia pública también acude a heredar o a recibir un legado. Debiendo el albacea concurrir con el actuario, o con un notario público designado por los herederos.

Una vez concluido el inventario y habiendo sido aprobado, se procede a la liquidación de la herencia. Y así tenemos:

1.- Primero se pagarán las deudas mortuorias (es decir los gastos del funeral, o de la última enfermedad del de-cujus), si aun no lo estan pues pueden pagarse incluso antes de la formación del inventario (artículo 1754).

2.- "En segundo lugar, los gastos de conservación y administración de la herencia, así como los créditos alimenticios, que también pudieron haber sido cubiertos antes de la formación del inventario" (artículo 1757).

En caso de no haber dinero en la herencia para solventar dichos gastos, el albacea podrá promover la venta de bienes muebles y aun los inmuebles, con las solemnidades respectivas (artículo 1758).

3.- En tercer lugar las deudas hereditarias, es decir las que haya contraído el autor de la herencia, cuando fueren exigibles (artículo 1759).

En caso de concurso de acreedores estos serán pagados conforme a la sentencia de graduación de acreedores. De no haber concurso su pago se hará en el orden en que se presenten, y solo cuando algún acreedor preferente no se hubiera presentado, se podrá exigir caución de acreedor de mejor derecho a los que ya se les hubiese pagado.

Una vez concluido el inventario, el albacea no puede proceder a la partición o pagar los legados, sin antes haber garantizado suficientemente todas las deudas hereditarias. Una vez que se hayan cubierto o asignado bienes bastantes se pagará a los legatarios el legado que les corresponda y se procederá a la partición de la herencia.

"Todo legatario de cantidad tiene derecho de pedir que se le apliquen en pago de bienes de la herencia y a ser considerado como interesado en las diligencias de partición (artículo 866

del Código de Procedimientos Civiles vigente).

Los acreedores que se presenten después de pagados los legados y no quedando en la herencia bienes bastantes para cubrir sus créditos, tendrán acción contra los legatarios.

Cuando se tengan que vender los bienes hereditarios para el pago de deudas y legados, esta deberá hacerse en pública su**ba**sta, a no ser que acuerden otra cosa la mayoría de los herederos.

En caso de que se vendan las cosas, su precio se aplicará según dispongan la mayoría de los interesados, o la autorización judicial (son mencionados los artículos 1750 al 1766 del Código Civil)

De la partición:

"Terminada la operación del inventario y avalúo y re--sue**l**tas las cuestiones a que pudiera dar lugar la inclusión o ex--clusión de algunos bienes de la masa, el juicio sucesorio entra en el estado de división y partición, etapa esta última de mayor importancia, porque en ella se procede a la liquidación de los --bienes para el pago de las deudas de la sucesión y a la distribu--ción de remanente entre los herederos". (30)

La partición es definida por el Dr. Luis Muñoz como: --"Una operación o conjunto de operaciones, que pone término a la --indivisibilidad de una sucesión, convirtiendo en partes concretas y materiales las cuotas indivisas, abstractas e ideales de cada --uno de los coherederos". (31)

(30) FRUTOS PEDRO Y ARGUELLO ISAURO P.: "Compendio General de Dere**ch**o Civil"; Editor Biblioteca Jurídica Argentina, Superi 1479-81; Buenos Aires, 1930; p. 326.

(31) MUÑOZ LUIS: "Derecho Civil Mexicano"; Tomo II; Ediciones Mode**lo**; México, 1971; p. 504.



ENEP ARAGON

Por lo ya expuesto podemos decir que la partición tiene como finalidad poner término al estado de indivisión, consumir la atribución individual de propiedad, realizando la voluntad del testador o por mandato de la ley.

A este efecto establece el artículo 1767: "Aprobado el inventario y la cuenta de administración, el albacea debe hacer en seguida la partición de la herencia". Al respecto, ningún coheredero puede quedar obligado a permanecer en la indivisión de los bienes, ni tampoco el testador puede obligarlos a que permenezcan en la misma. Solamente por convenio expreso de los interesados podrá suspenderse precisándose el tiempo que durará la indivisión y fijando las reglas que se habrán de observar, para llevar a cabo la aplicación de los bienes. Habiendo menores entre ellos deberá oírse al tutor y al Ministerio Público.

La partición se realiza de la siguiente forma:

Deberá estarse a la voluntad del testador, cuando este disponga concretamente de todos sus bienes salvo el pago de obligaciones a cargo de la herencia.

Cuando el testador dispone que a algún heredero o legatario se le entreguen determinados bienes, una vez aprobado el inventario el albacea deberá entregarlos, siempre que garanticen suficientemente responder por los gastos y cargos generales de la herencia, en la proporción que les corresponda. (artículo 1770)

Si el autor de la sucesión no dispuso como habría de hacerse la partición y se trata de una negociación agrícola, industrial o comercial, habiendo entre los herederos agricultores, industriales o comerciantes, a ellos se les aplicará, siempre que estos puedan otorgar en efectivo a los demás coherederos la parte que les corresponda. Esto no impide que los coherederos celebren convenios diferentes (artículo 1772).

Tienen la obligación los coherederos de abonarse los -- unos a los otros, las rentas o frutos que cada uno reciba de los bienes hereditarios, los gastos útiles y necesarios, así como los daños ocasionados con dolo o por negligencia.

Cuando se imponga alguna pensión, renta vitalicia o alimmentos a cargo de la masa hereditaria, se capitalizará al nueve - por ciento anula, y se separará un capital o fondo de igual valor entregándolo a la persona beneficiada considerada como usufructuario.

El albacea en el proyecto de partición deberá expresar la parte que del capital o fondo afecto a la pensión a de corresponder a cada uno de los coherederos para cuando la pensión cum-pla su vencimiento.

En caso de que los herederos sean mayores de edad, y el interés del fisco, si lo hubiere, esté cubierto, podrán los interesados separarse de la prosecución del juicio y ponerse de acuerdo para terminar la testamentaria o el intestado. Si hubiere menores estos podrán separarse por medio de sus representantes, debiendo estar conforme al Ministerio Público quien será oído por el -- Juez, el cual dará su aprobación.

Los gastos de la partición se rebajarán de la masa hereditaria.

Salvo aquellos que se hagan por interés particular de - alguno, a quien se le descontarán.

La partición constará en escritura pública en los casos en que haya bienes cuya enajenación requiere de esa formalidad. - (artículo 1777)

De los efectos de la partición:

"La partición legalmente hecha fija la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada uno de los herederos" (artícu

lo 1779).

En el caso de que algún coheredero fuere privado de todo o una parte de su haber, antes de la partición deberán indemnizarle los otros coherederos de esa pérdida. en proporción a sus derechos hereditarios (artículo 1780).

Y en razón de la parte que le corresponda al heredero -- que perdió deducida esta del caudal hereditario. En el caso de -- que alguno fuere insolvente, su parte se dividirá entre los demás incluyendo al mismo perdedor. Quienes a su vez podrán conservar su acción contra aquél para cuando su situación económica mejore.

"La obligación a que se refiere el artículo 1780 sólo cesará en los casos siguientes:

I.- Cuando se hubiere dejado al heredero bienes individualmente determinados, de los cuales es privado;

II.- Cuando al hacerse la partición los coherederos renuncien expresamente al derecho de ser indemnizados;

III.- Cuando la pérdida fuere ocasionada por culpa del heredero que la sufre". (artículo 1784)

Los coherederos sólo son responsables de su solvencia al tiempo de hacerse la partición, por lo que si se adjudica como cobrable un crédito, los coherederos no responden de la insolvencia posterior del heredero.

Para el caso en que: "El heredero cuyos bienes hereditarios fueren embargados, o contra quien se pronunciare sentencia en juicio por causa de ellos, tiene derecho de pedir que sus coherederos caucionen la responsabilidad que pueda resultarles y, en caso contrario, que les prohíba enajenar los bienes que recibieron.

De la rescisión y nulidad de las particiones;

El Código Civil vigente establece que las causas de res

cisión y nulidad de las particiones son las mismas que en las obligaciones.

Tiene derecho a pedir la nulidad el heredero preterido - a fin de que se realice una nueva partición en la cual sea considerado como tal y reciba lo que le corresponda.

Para el caso de que la partición se realice y en ella -- exista un heredero falso, será nula en cuanto tenga relación con - él, debiendo distribuirse esta entre los demás herederos.

Si una vez hecha la partición hubo bienes omitidos en -- ella, se deberá hacer una división suplementoria, en la cual se observarán las disposiciones contenidas en este inciso.

CAPITULO IV

APLICACION PRACTICA DEL FIDEICOMISO EN SUBSTITUCION DE JUICIOS TESTAMENTARIOS

- A. EL ALBACEA Y LA INSTITUCION FIDUCIARIA.
- B. SEMEJANZAS ENTRE EL FIDEICOMISARIO Y EL HEREDERO O LEGATARIO.
- C. CONVENIENCIA DE LA REGLAMENTACION DEL FIDEICOMISO EN DERECHO CIVIL, EN MATERIA DE SUCESIONES.

CAPITULO CUARTO

APLICACION PRACTICA DEL FIDEICOMISO EN SUBSTITUCION DE JUICIOS TESTAMENTARIOS.

A: EL ALBACEA Y LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA.

El albacea.

1.- Definición:

Como ya he mencionado con anterioridad de acuerdo al maestro Rojina Villegas, el albacea es el órgano representativo de la comunidad hereditaria para proceder a su administración liquidación y división y, en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias.

2.- Capacidad para ser albacea:

Para ser albacea se requiere la libre disposición de -- sus bienes. La incapacidad es la excepción, el artículo 1679 dispone: "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".

En cuanto a las incapacidades para ser albacea nos dice el catédrico Antonio de Ibarrola que: "Hay incapacidades ABSOLUTAS: V.gr.; la que afecta al que no tiene la libre disposición de sus bienes. Hay incapacidades RELATIVAS: V.gr.; como aquellas de que habla el artículo 1680..." (1). Dicho artículo establece lo siguiente:

"No pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos:

I.- Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión;

II.- Los que por sentencia hubieren sido removidos otra

(1) DE IBARROLA ANTONIO: Ob. Cit; p. 831.

vez del cargo de albacea;

III.- Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad;

IV.- Los que no tengan un modo honesto de vivir".

3.- Los caracteres del albacea son los siguientes:

a).- Es un cargo testamentario, legítimo o dativo.- Se dice que es testamentario, cuando es el testador quien lo nombra en su testamento. Cuando no lo hace o no hay testamento, o el designado no desempeñare el cargo, los herederos lo designaran por mayoría de votos, y en caso de que haya menores lo harán sus representantes, siendo entonces albacea legítimo. Y a falta de estos (ya sea el testador, o que los herederos no se pongan de acuerdo) se dá el llamado dativo, porque es entonces el juez quien lo designa.

b).- Es voluntario.- Así nos dice el artículo 1695 "El cargo de albacea es voluntario, pero el que lo acepte, se constituye en la obligación de desempeñarlo".

c).- Remuneratorio.- "El albaceazgo en nuestra legislación no es gratuito sino remunerado. El albacea tiene derecho a una retribución que si no la ha establecido el testador, se graduará según la importancia y los bienes de la sucesión" (2).

Efectivamente no es un cargo gratuito, sino que debe retribuirse al albacea por su ejercicio, ya sea que la retribución la designe el testador en su testamento o bien sea de acuerdo a la ley, el albacea podrá elegir entre estas. La ley señala que el

2) FRUTOS PEDRO E ISAURO P. ARGUELLO: "Compendio General de Derecho Civil"; Editor Biblioteca Jurídica Argentina, Superi; Buenos Aires, 1930; p.p. 321 y 322.

albacea cobrará al dos por ciento sobre el importe líquido y efectivo de la herencia, y al cinco por ciento sobre los frutos industriales de los bienes hereditarios (artículo 1741 del Código Civil).

En el caso de que existieran albaceas mancomunados, la retribución se repartirá entre ellos; pero sino lo fueren y varios albaceas, sucesivamente, hubieren desempeñado el cargo, la remuneración se hará conforme al tiempo de desempeño y al trabajo que hubieren efectuado en la administración (artículo 1743), cuando el testador hubiere legado a los albaceas, conjuntamente, alguna cosa por el desempeño de su cargo, la parte de los que no admitan éste acrecerá a los que sí lo desempeñaron (artículo 1744).

d).- No delegable.- Es un cargo personalísimo - *intitue personae* - el Código así lo establece al señalar que "el albacea no podrá delegar el cargo recibido, ni por muerte pasa a sus herederos, pero no está obligado a obrar personalmente, puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus ordenes, respondiendo de los actos de estos" (artículo 1700). En cambio la obligación que tiene el albacea de rendir cuentas pasa a sus herederos.

e).- Es un cargo temporal.- "El encargo conferido al albacea debe tener un plazo para su cumplimiento, pues de lo contrario los intereses vinculados a la herencia podrían ser gravemente afectados. Por ello los Códigos lo establecen de manera clara y precisa, no dejándolo a la voluntad de la persona que ejerce el albaceazgo" (3). Realmente la ley solo establece un plazo máximo por así decirlo; pues no siempre es el mismo en todos los casos, pero esto lo analizaremos más en el punto número 7, en el cual aludo a la duración del cargo.

(3) DE PINA VARA RAFAEL: Ob. Cit.; p. 387.

4.- Aceptación, Renuncia y excusas en el albaceazgo:

El cargo es renunciable, pero de acuerdo al artículo -- 1695 "El cargo de albacea es voluntario; pero el que lo acepta, - se constituye en la obligación de desempeñarlo. Y por tal motivo, si el albacea renuncia a éste sin justa causa pierde lo que le hu biere dejado el testador (artículo 1331), lo mismo sucede aun en el caso de que la renuncia la haga por justa causa, si lo que se deja al albacea es con el exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño del cargo (artículo 1696).

En cuanto a las excusas, únicamente pueden excusarse -- las siguientes personas: Los empleados y funcionarios públicos; - los militares en servicio activo; los que fueren tan pobres que - no puedan atender el albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia; los que por el mal estado habitual de salud, o por no saber leer ni escribir, no pueden atender debidamente el albaceazgo; los que tengan sesenta años cumplidos; y los que tengan a su cargo otro - albaceazgo (artículo 1698).

El albacea tiene la obligación de desempeñar su cargo - cuando se encuentre presente mientras se decide sobre su excusa.

El albacea deberá excusarse dentro de los seis días si- guientes a aquél en que haya tenido conocimiento de su nombramien to, y en caso de saberlo con anterioridad, deberá hacerlo dentro de los seis días siguientes a aquél en que haya tenido noticia de la muerte del testador. Ya que de lo contrario, si lo hace fuera de estos plazos señalados responderá de los daños y perjuicios - que ocasione.

5.- Derechos y obligaciones del albacea:

"Las facultades del albacea son las que el testador de- signe con arreglo a las leyes: si no las ha designado, el ejecu- tor testamentario tiene todos los poderes que según las circuns--

tancias sean necesarios para cumplir la voluntad del testador, -- aplicándose en todo caso, subsidiariamente, las reglas de mandato" (4).

Al respecto nos dice el maestro Rojina Villejas "...pue de decirse que las mismas obligaciones que la ley impone, consti- tuyen derechos para el ejercicio de su cargo".

Al efecto el artículo 1706 establece: "Son obligaciones del albacea general: I.- La presentación del testamento; II.- El aseguramiento de los bienes de la herencia; III.- La formación de inventarios; IV.- La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo; V.- El pago de las deudas mortuo-- rias, hereditarias y testamentarias; VI.- La partición y adjudica-- ción de los bienes entre los herederos y lagatarios; VII.- La de-- fensa en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la vali-- dez del testamento; VIII.- La de representar a la sucesión en to-- dos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren en contra de ella; IX.- Las demás que le impone la -- ley.

Entonces de acuerdo a lo mencionado en el primer párra-- fo podemos decir que el albacea, esta facultado para; presentar - el testamento, asegurar los bienes de la herencia, formar los in-- ventarios, administrar los bienes y rendir cuentas de su albaceaz-- go, realizar el pago de deudas mortuorias, hereditarias y testa-- mentarias, ejecutar la partición y adjudicación de los bienes. -- "Tiene en general, el albacea, todas las facultades para promover los juicios que sean necesarios para la defensa de los intereses de la sucesión y de la defensa del testamento, o bien defender -- los juicios que se promuevan en contra de la sucesión, con las fa-- cultades generales de un mandatario para pleitos y cobranzas, con las facultades que requieran cláusula especial, salvo la de tran--

(4) RIVAROLA: Ob. Cit; p. 297.

sigir ni comprometer en árbitros". (5) Pues así lo dispone el artículo 1720 "El albacea no puede transigir ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia sino con consentimiento de los herederos".

También tiene derecho el albacea a recibir una retribución por el desempeño de su cargo. Que como ya hemos visto esta podrá designarla el testador, o falta de esta la ley, existiendo la primera el albacea podrá elegir entre una u otra.

El albacea general tiene las siguientes obligaciones: -

I.- Tiene la obligación de presentar el testamento; al respecto el Código Civil nos dice: "Si el albacea ha sido nombrado en testamento y lo tiene en su poder, debe presentarlo dentro de los ocho días siguientes a la muerte del testador". Artículo 1711.

II.- Debe asegurar los bienes de la herencia.

III.- Debe proceder a la formación de inventarios, conforme al Código Civil y a la ley procesal, la cual dispone que -- "Dentro de diez días de haber aceptado su cargo de albacea debe proceder a la formación de inventarios y avalúos, dando aviso al juzgado para los efectos del artículo 819 del Código de Procedimientos Civiles, y dentro de los sesenta días de la misma fecha deberá presentarlos (artículo 816), y el Código Civil dispone que de no hacerlo dentro de este término será removido el albacea.

IV.- Debe administrar los bienes y rendir cuentas del albaceazgo: En relación a la administración de los bienes de la herencia nos dice el Lic. Aguilar Leopoldo: "Esta es una de las facultades más importantes del albacea, pues ya que tomó posesión de los bienes, tiene que administrarlos. La ley no se ha conforma

(5) URIBE LUIS F. : Ob. Cit. ; p. 317, 318.



do con otorgar esta facultad sino que señala normas imperativas - para realizarla". (6) Y así tenemos que el albacea tiene funciones de depositario. Sigue diciendo este autor "El albacea una vez que aseguró los bienes, tiene respecto de ellos una función de depositario", ya que de acuerdo al artículo 1713 "El albacea, antes de formar el inventario, no permitirá la extracción de cosa alguna, si no es que conste la propiedad ajena por el mismo testamento, por instrumento público o por los libros de la casa llevados en debida forma, si el autor de la herencia hubiere sido comerciante". Si dicha propiedad constare en otros medios diversos, el albacea se limitará a asentar al margen de las partidas respectivas una nota que así lo indique a fin de que la propiedad se discuta en el juicio correspondiente. En caso de inobservancia de tales disposiciones, el albacea será responsable de los daños y perjuicios.

Los gastos de administración de los bienes, así como los sueldos de los dependientes deberán ser fijados por el albacea de acuerdo con los herederos, dentro del primer mes de ejercicio de su cargo.

También es obligación del albacea, proponer al juez la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte que bimestralmente deberá entregarse a los herederos o legatarios, esta deberá cumplirla dentro de los quince días siguientes a la aprobación del inventario. El juez podrá aprobar o modificar el proyecto. Y separar del cargo al albacea, en caso de que no cubra a los herederos o legatarios durante dos bimestres consecutivos, sin justa causa lo que les corresponda, a petición de cualquiera de los interesados.

(6) AGUILAR LEOPOLDO: Ob. Cit.; p. 407.

Cuando se trata de la sucesión de uno de los cónyuges - casados bajo el régimen de sociedad conyugal, por disposición del artículo 205 del Código Civil, el que sobreviva seguirá en la posesión y administración del fondo social, con intervención del albacea, quien se limitará a vigilar la administración del cónyuge.

Respecto a la rendición de cuentas, el Código Civil dispone en el primer párrafo del artículo 1722; "El albacea está obligado a rendir cada año cuenta de su albaceazgo". Por su parte el Código de Procedimientos Civiles establece lo siguiente; "... el albacea ya sea provisional, judicial o definitivo, estan obligados a rendir dentro de los cinco primeros días de cada año del ejercicio de su cargo, la cuenta de su administración correspondiente al año anterior, pudiendo el juez de oficio exigir el cumplimiento de este deber". (artículo 845 del Código de Procedimientos Civiles).

El albacea no podrá ser nuevamente nombrado sin antes haber sido aprobada su cuenta anual por los interesados y el juez. Haciendo la obligación de presentar su cuenta general de albaceazgo, dentro de los ocho días siguientes de concluidas las operaciones de liquidación. También rendirá cuenta de su administración cuando por cualquier causa deje de ser albacea. "La obligación de dar cuenta tiene el albacea pasa a sus herederos". (artículo 1723). El testador no puede dispensar al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas, ya que de hacerlo estas disposiciones serán consideradas nulas de pleno derecho.

V.- El pago de deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.- "Se llaman mortuorias las deudas contraídas en la última enfermedad y para el sepelio del autor; hereditarias, las que son resultado de la herencia misma y pesan sobre ella; testamentarias, las que han sido reconocidas por el testador". (7) las deudas

das mortuorias podrán ser cubiertas antes de la formación del inventario. Y "Si para el pago de una deuda u otro gasto urgente - - fuere necesario vender algunos bienes, el albacea deberá hacerlo, de acuerdo con los herederos, y si esto no fuere posible con aprobación judicial" (artículo 1717).

VI.- Debe también el albacea hacer la partición y la adjudicación de los bienes hereditarios, en los términos legales.

VII.- Igualmente esta obligado a defender en juicio, o fuera de él, a la herencia o validez del testamento, así mismo;

VIII.- Representar a la sucesión en todos los juicios - que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren en - contra de ella.

IX.- Las demás que le imponga la ley; así tenemos las - siguientes;

Si es albacea general, debe entregar al ejecutor especial las cantidades o cosas necesarias para que cumpla la parte - del testamento que estuviere a cargo del ejecutor especial.

Proponer al juez la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, dentro de los quince días siguientes a la aprobación del inventario, señalando la parte que - debe entregarse a cada heredero o legatario en cada bimestre.

Tiene la obligación de garantizar su manejo con fianza, prenda o hipoteca - dentro de tres meses contados desde que aceptó su nombramiento, conforme a las siguientes bases;

a).- Por el importe de los bienes raíces en el último - año y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;

b).- Por el valor de los bienes muebles;

c).- Por el de los productos de las fincas rústicas en un año, calculado por peritos o por el término medio de un quinquenio a elección del juez.

d).- En las negociaciones mercantiles e industriales -- por el 20% del importe de las mercancías y demás efectos muebles -- calculados por los libros, si están llevados en debida forma a -- juicio de peritos.

El albacea no está obligado a garantizar su manejo cuando sea coheredero y su porción baste para garantizarlo, solo en caso que no fuera suficiente esta obligado a dar la porción que falte. De esta obligación no puede librarlo el testador, pero si los herederos podrán dispensarlo.

Para el caso en que otorgue garantía "... el albacea, no se cancelará sino hasta que haya sido aprobada la cuenta general de administración". (artículo 847 del Código de Procedimientos Civiles).

El albacea general está obligado a entregar al ejecutor especial lo necesario para que éste cumpla su encargo.

También deberá cumplir las obligaciones fiscales correspondientes.

6.- Prohibiciones: Son las siguientes:

De acuerdo al Código Civil vigente son:

a).- El albacea no puede comprar, arrendar; hacer contrato alguno respecto de los bienes de la sucesión, para sí, sus ascendientes, su cónyuge, descendientes o hermanos. Cesa esta prohibición para el caso de que el albacea o sus parientes sean coherederos. En este sentido se le aplica la prohibición general contenida en el artículo 2280 del Código Civil, conforme a la cual:

"No pueden comprar los bienes de cuya venta o adminis--

tración se hallen encargados: III.- Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado". Conforme al artículo 2282: "Las compras hechas en contravención a lo dispuesto en el artículo 2280 serán nulas, ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona.

b).- "El albacea no puede gravar ni hipotecar los bienes sin consentimiento de los herederos, o de los legatarios en su caso, así lo dispone el artículo 1719.

c).- "El albacea sólo puede dar en arrendamiento hasta por un año los bienes de la herencia. Para arrendarlos por mayor tiempo necesita del consentimiento de los herederos o de los legatarios en su caso". (artículo 1721).

d).- Como ya lo habíamos señalado tampoco "... podrá de legar el cargo que ha recibido, ni por muerte pasa a sus herederos..." (artículo 1700).

e).- "El albacea no puede transigir ni comprometer los negocios de la herencia sino con consentimiento de los herederos" (artículo 1720).

Se observa, que el albacea, no tiene plena capacidad para ejecutar toda clase de actos jurídicos, aun dentro de los actos de administración se le fijan limitaciones, pues por ejemplo - requiere el consentimiento de los herederos para enajenar bienes (artículos 1719 y 1720). "Si para el pago de una deuda u otro gasto urgente, fuera necesario vender algunos bienes, el albacea deberá hacerlo de acuerdo con los herederos, y si esto no fuere posible, con aprobación judicial"(artículo 1717).

7.- Duración del cargo:

Como ya lo he manifestado anteriormente el encargo -- que debe cumplir el albacea es temporal. En este sentido el artí-

culo 1737 del Código Civil dispone El albacea debe cumplir su en- cargo dentro de un año, contado desde su aceptación, o después de que terminen los litigios que se promovieron sobre la validez o nulidad del testamento". Y solo por causa justificada pueden la mayoría de los herederos que representan las dos terceras partes de la herencia, prorrogar el plazo cuando haya sido aprobada la cuenta anual del albacea, cuya prórroga no excederá de un año.

8.- Rendición de cuentas:

Esta es una de las obligaciones principales del albacea pues de no cumplirla, conforme a lo dispuesto por la ley, será re- movido de su cargo.

El albacea "... esta obligado a rendir dentro de los -- cinco primeros días de cada año del ejercicio de su cargo, la cu-en ta de su administración correspondiente al año anterior, pudiendo el juez de oficio exigir el cumplimiento de este deber" (artículo 848 del Código de Procedimientos Civiles). Esta debe ser aprobada por todos los herederos; el que disienta puede seguir a su costa el juicio respectivo..." (Artículo 1725).

No podrá ser nuevamente nombrado sin que antes haya si-do aceptada su cuenta anual por todos los interesados y aprobada por el juez encargado de la sucesión.

También debe rendir la cuenta general de albaceazgo que será aprobada de la misma forma anterior.

Por último, cuando por cualquier causa deje de ser alba- cea, rendirá cuenta de su administración.

"Esta obligación de dar cuentas tiene el albacea pasa a sus herederos" (artículo 1723). El testador no podrá dispensar al albacea de esta obligación de rendir cuentas.

"Si fuera heredera la Beneficencia Pública o los herede-ros fueren menores intervendrá el Ministerio Público en la apropa

ción de las cuentas" (artículo 1726).

"Una vez aprobadas las cuentas, los interesados pueden celebrar sobre su resultado los convenios que quieran" (artículo 1727).

9.- Terminación del cargo:

Los cargos de albacea terminan:

a).- Por el término natural del encargo, no necesita explicarse que concluidas las funciones, una vez desempeñado el cargo en su totalidad, termina ese encargo.

b).- Por muerte.- Puesto que es un cargo no transmisible por herencia.

c).- Por incapacidad legal declarada en forma.- Civilmente se necesita declaración judicial para que se tenga por existente esa incapacidad.

d).- Si existe una excusa justificada, también se da por concluido el cargo. Debe justificarse oyendo a los interesados, y al Ministerio Público si se interesan menores o la Beneficencia Pública.

e).- Por el lapso señalado por el testador, por los herederos o por la ley.

f).- Por revocación.- Artículo 1746 "puede hacerse por los herederos en cualquier tiempo, pero en el mismo acto debe nombrarse el sustituto" (artículo 1746).

Quando reciba el albacea algún encargo especial del testador, aparte del de seguir el juicio sucesorio para hacer entrega de los bienes a los herederos, no quedará privado de aquel encargo por la revocación del nombramiento y será considerado únicamente como ejecutor especial.

g).- Y por remoción, cuando la ley lo autorice. Los principales casos en que la ley previene la remoción de los alba

ceas son; no presentación de los inventarios, no presentación de las cuentas de administración, y desaprobación de estas.

Hay casos en que la ley previene que se remueva de plaza al albacea, pero esto ha sido declarado anticonstitucional -- constantemente, de modo que cualquier remoción debe suponer una sentencia pronunciada a petición de parte y con audiencia del interesado.

El albacea tiene derecho a percibir lo que el testador le haya dejado por el desempeño del cargo o el tanto por ciento que le corresponda conforme a la ley cuando haya sido removido de su cargo sin justa causa.

La institución fiduciaria:

Pasamos ahora al estudio de la institución fiduciaria, pero no la examinaré exhaustivamente sino solo considerada como un elemento personal del fideicomiso, es decir, sus funciones como fiduciaria.

1.- Definición:

En nuestro derecho únicamente pueden ser fiduciarios -- por disposición expresa de la ley (artículo 346 y 350 de la L.G. T.O.C. y el artículo 44 fracción I de la L.G.I.C.), y antes lo hemos expresado, las instituciones de crédito.

Por lo tanto la institución fiduciaria. Es una institución de crédito que disfruta de "concesión" de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para llevar a cabo operaciones fiduciarias (entre otras). En este caso "es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados". (8).

(8) CERVANTES AHUMADA RAUL: Ob. Cit; P. 292.

2.- Capacidad para ser Institución Fiduciaria:

Al respecto la legislación bancaria dispone que las so ci ed ades o las instituciones de crédito para llevar a cabo opera ciones fiduciarias, requieren de concesión otorgada por la Secre taria de Hacienda y Crédito Público. En este sentido el artículo 2o. párrafo primero de la citada ley dice lo siguiente: "Para de dicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requiere conce si ón del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y del Banco de Mé xico".

En lo conducente el artículo primero párrafo tercero - de la referida ley establece: "Se reputarán instituciones u orga nizaciones auxiliares nacionales de crédito, las constituidas -- con participación del Gobierno Federal o en las cuales éste se - reserva el derecho de nombrar la mayoría del consejo de adminis tración o de la junta directiva o de aprobar o votar los acuer dos que la asamblea o el consejo adopten".

Y por lo tanto de acuerdo al artículo 8: "Solamente po drán disfrutar de concesión las sociedades constituidas en forma de sociedad anónima de capital fijo o variable, organizadas con arreglo a la ley general de sociedades mercantiles".

3.- Caracteres de la Institución Fiduciaria:

a).- Es un cargo que se adquiere en virtud de un fidei comiso, bien sea desde el momento de su celebración, o después de su constitución, cuando no se haya hecho tal designación, en tal caso elegirá; "El fideicomisario o, en su defecto el juez de pri mera instancia de el lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley" teniendo el fideicomitente la facultad de designar "varias

instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse". (artículo 350 párrafo segundo y tercero).

b).- Es voluntario.- Al respecto la ley de Títulos y Operaciones de Crédito, señala en el último párrafo del artículo 350 "Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción, cese en el desempeño de su cargo deberá nombrarse otra persona para que la sustituya. Si no fuere posible esa substitución, cesará el fideicomiso". El maestro Pablo Macedo en relación a este párrafo indica: "no se impone la designación a la institución fiduciaria; puede negarse a aceptar el encargo o renunciar a él, pues se configura el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes, y en esos supuestos o cuando al igual que en el de remoción se nombrará sustituto". (9)

En este sentido expresa Batiza lo siguiente; "La pretendida obligatoriedad legal para las insituciones fiduciarias de aceptar los fideicomisos que se le encomiendan, aparte de ser contraria a principios consagrados de nuestro derecho constitucional no impide la posibilidad de excusa, de ahí que aún cuando la ley se incline por la situación opuesta, se imponga la naturaleza contractual del fideicomiso, haciendo que la aceptación del fideicomiso sea un elemento esencial para su existencia".(10)

El Lic. Acosta Romero opina: "Aceptar el fideicomiso, esto en mi opinión, no es una obligación, es más bien potestativo pues no se puede obligar forzosamente a ningún fiduciario, --

(9) LEPAULLE PIERRE: Ob. Cit.; P. XXX

(10) BATIZA RODOLFO: Ob. Cit, "El Fideicomiso"; P.P. 184 y 185.

a que acepte un fideicomiso de acuerdo a nuestro régimen jurídico". (11).

De lo anterior se desprende que el fiduciario tiene la facultad de aceptar o no el fideicomiso según lo crea conveniente a sus intereses, y siempre que no contravenga a las disposiciones legales, incluso puede negarse a aceptar el cargo de acuerdo a la Ley de Instituciones de Crédito; 1).- Cuando el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir los beneficios del fideicomiso; 2).- Cuando el fideicomitente, sus causahabientes y el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones establecidas a favor de la institución fiduciaria; y 3).- Cuando los bienes o derechos otorgados en fideicomiso, no rindan lo suficiente para cubrir las compensaciones (artículo 137 de la Ley General de Instituciones de Crédito).

c).- Remuneratorio.- La institución fiduciaria tiene derecho a recibir honorarios por concepto de su actuación. Puede exigir al fideicomitente o al fideicomisario, en su caso, le satisfagan las prestaciones estipuladas por su actuación.

La legislación bancaria establece en el artículo 45 bis que; "El Banco de México estará facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones reciban como fiduciarias, comisionistas o mandatarias, así como el de los intereses y otros cargos, en las operaciones de crédito a que se refiere el segundo párrafo de la fracción VI del artículo 45".

d).- Es un cargo no delegable.- En nuestra legislación no se preveé expresamente esta situación. "En efecto la existencia de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios, cuya designación puede ser vetada por la Comisión Nacional Banca-

(11) ACOSTA ROMERO MIGUEL: Ob. Cit.; P. 337.

ria, a los que puede esta remover, y a través de los cuales las - instituciones especializadas desempeñan su cometido y ejercen sus facultades. Demuestra que se quiso encomendar tan delicada misión a personas determinadas, plenamente responsables. Si así no fuera y pudieran delegar su actividad en terceros, harfase nugatoria la supervisión oficial a que están sujetos". (12)

De ahí que podemos decir que indirectamente se reconoce la característica indelegable de este cargo. Por su parte Acosta Romero dice respecto a los delegados fiduciarios que: "Obligan a la institución con su firma y su cometido es personalísimo y no - pueden delegar sus funciones de mando, de decisión, o discrecionales, las que deben ser realizadas personalmente por ellos". (13)

Es de advertirse también, que resultaría a veces innecesario imponerles la obligación de realizar personalmente todos los actos derivados de la administración del fideicomiso. Al igual -- que sucede con los comisionistas o el albacea cuyo cargo también es indelegable, sin embargo pueden obrar a través de dependientes o mandatarios respectivamente, de cuyos actos serán responsables.

"La Comisión Nacional Bancaria expidió la circular No. 547 de 16 de noviembre de 1966 comunicando la interpretación que la Secretaría de Hacienda había hecho del artículo 45, fracción - IV de la ley bancaria y que aparecía en su oficio No. 305-I-A- -- 322676, expediente 011/34576 fechado el 24 de octubre anterior, - expresaba que aunque las instituciones fiduciarias no pueden delegar su cargo, que deben desempeñar a través de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios, si podían emplear personas que auxilien a estos en el desarrollo de sus funciones se--

(12) BATIZA RODOLFO: Ob. Cit.; P.242

(13) ACOSTA ROMERO MIGUEL: Ob. Cit.; P. 344.

cundarias. Como criterio para determinar cuáles actos deben necesariamente realizarse por los delegados fiduciarios y en cuales - podrían auxiliarse por dependientes, se adoptaba el de que los actos mediante los cuales se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que implican voluntad de mando o decisión, deberán ser realizados por los delegados fiduciarios; las funciones secundarias o auxiliares que se reducen a formalidades o trámites podrán desempeñarse por dependientes". (14)

e).- Es un cargo temporal.- La duración del cargo que - tiene la institución fiduciaria es temporal, como es lógico desempeñará este por el tiempo que dure el fideicomiso, el cual podrá determinarse en el acta constitutiva del mismo (pudiendo este a - veces no cumplirse por remoción de la institución, según sea el - caso). La ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala un plazo de veinte años siguientes a su constitución para el caso en que - no se cumpla la condición suspensiva de que dependa el fideicomi- so, o no haberse verificado dentro del término señalado al consti- tuirse éste. Estipulación una duración máxima de treinta años "...- cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo - pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter -- científico o artístico que no tengan fines de lucro". (artículo - 359 fracción III).

4.- Renuncia y Excusas de la Institución Fiduciaria:

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que la institución fiduciaria "no podrá excusarse o renunciar su cargo, sino por causas graves a juicio de un juez de primera -

(14) BATIZA RODOLFO: Ob. Cit.; P.P. 242 y 243.

duciarios les estará prohibido:

I.- Realizar por cuenta propia cualquier clase de operaciones, salvo las que puedan llevar a cabo con su capital y reservas, y las necesarias para su propia administración;

II.- Responder del incumplimiento de los deudores frente a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, por los créditos que se otorguen, o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa;

III.- Tienen prohibido realizar operaciones con otros departamentos de la misma institución. Pero la Secretaria de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar, mediante acuerdos de carácter general, la realización de determinadas operaciones;

IV.- Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones, para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros de su consejo de administración, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; al accionista o accionistas que posean la mayoría en las asambleas de la institución o que la gobiernen; los directores generales o gerentes generales; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de todas las personas citadas, o las sociedades cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones.

V.- La celebración de contratos de fideicomiso que tengan por objeto el pago periódico de cuotas o primas destinadas a integrar el precio de compra de casas-habitación, o celebrar los mismos contratos con empresas constructoras, cuando tengan por objeto la venta de casas a plazos o con pagos anticipados para com

plementar las garantías;

VI.- Transmitir los créditos o valores que no se ajusten a las disposiciones de carácter general que al efecto dicte el Banco de México, a otro fideicomiso, salvo que se trate del mismo fideicomitente".

7.- Duración del cargo;

Este se encuentra supeditado al tiempo de existencia del fideicomiso, por lo tanto una vez extinguido éste, cesará el cargo de la institución fiduciaria. Señalando la ley de Títulos y Operaciones de Crédito únicamente un plazo de veinte años siguientes a su constitución, cuando se haga imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso. (artículo 357 fracción III).

Así como también una duración no mayor de treinta años para los fideicomisos en los cuales se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Solo podrán constituirse con una duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro. (Artículo 359 fracción III) "Esta disposición ha dado origen al generalizado error en el sentido de que ningún fideicomiso "privado" puede tener una duración mayor de treinta años, creencia infundada, puesto que dicho límite se refiere en forma exclusiva al caso en que el beneficiario es una persona jurídica no de interés público ni institución de beneficencia, sin afectar por ello a las personas físicas". (15)

B.- Rendición de cuentas:

(15) BATIZA RODOLFO: Ob. Cit.; P.P. 362 y 363.

De este sólo se ocupa la Ley de Instituciones de Crédito, al disponer que cuando la institución fiduciaria, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días procederá su remoción. (artículo 138)

9.- Terminación del cargo de Fiduciario;

El cargo de la institución fiduciaria concluye una vez que termine el fideicomiso, por lo tanto terminará por las mismas causas en las cuales se extingue éste, y son las siguientes;

a).- Por la realización del fin para el cual fue constituido el fideicomiso;

b).- Por hacerse imposible el cumplimiento de éste;

c).- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o bien que no se cumpla dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, o en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución;

d).- Cuando se cumpla la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;

e).- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;

f).- Cuando el fideicomitente revoque el fideicomiso, - si se reservo expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso;

g).- Cuando la institución fiduciaria no acepte o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo.

De las dos figuras antes descritas, como se habrá podido observar, difieren entre sí, muchas de las normas aplicables - al albacea no lo son a la institución fiduciaria y viceversa. En primer lugar nos damos cuenta que:

1.- De la definición se desprende que el albacea es un órgano representativo de la comunidad hereditaria, en cambio, la

institución fiduciaria no solo representa a los bienes fideicomitidos, sino que también ejerce la titularidad fiduciaria sobre los mismos.

2.- También difieren en cuanto a la capacidad para ejercer su cargo; por ejemplo el albacea puede ser cualquier persona física, siempre que tenga la libre disposición de sus bienes y que no se encuentre dentro de los casos previstos por el artículo 1680 del Código Civil, anteriormente señalados, en cambio para ser fiduciario, únicamente podrán ejercer ese cargo las instituciones de crédito que tengan "concesión" de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para desempeñar tal función. Al respecto cabe mencionar que las instituciones de crédito pueden ser albaceas, pero nunca los albaceas podrán ser fiduciarios.

3.- Por lo que respecta a los caracteres, el albacea es un cargo conferido por testamento, en cambio el de fiduciario lo es por un fideicomiso, ambos cargos son voluntarios, remuneratorios, no delegables y temporales, aunque claro con las variantes en todas y cada una de las características ya señaladas con anterioridad, en el estudio que de cada una hicimos.

4.- En lo conducente a la renuncia y excusas, el albacea puede, como lo hemos visto aceptarlo; pero una vez que acepte el cargo no podrá renunciar a él, pues pierde lo que le haya dejado el testador, y solo podrá excusarse por justa causa (señaladas en el artículo 1698 del Código Civil), en cambio la institución fiduciaria puede una vez aceptado el cargo renunciar a seguir desempeñándolo, por alguna de las causas graves señaladas por el artículo 137 de la Ley General de Instituciones de Crédito.

5.- Los derechos del albacea y la institución fiduciaria son diferentes y solamente coinciden, en cuanto a la facultad de percibir honorarios, por el desempeño de su cargo, y también la -

facultad de ejercitar todos los derechos y acciones necesarias a efecto de cumplir el fideicomiso que tiene el fiduciario y el albacea que puede defender y representar a la sucesión en juicio. - Las obligaciones de estos también difieren y son similares la de obrar en la ejecución del fideicomiso por parte del fiduciario y la obligación del albacea de defender y representar a la sucesión en juicio, la obligación de rendir cuentas que ambos tienen, aunque no la realicen en las mismos términos, deben cumplirla, o de lo contrario podrán ser removidos de su cargo. Y por último la obligación que cada uno tiene de cumplir las obligaciones fiscales correspondientes de acuerdo a lo estipulado por la ley.

6.- Las prohibiciones.- Igualmente se advierte que no son semejantes las establecidas para una y otra figura, pero sin embargo el albacea se encuentra más limitado para ejercer actos de administración que la institución fiduciaria, el primero requiere el consentimiento de los herederos o del juez en su caso. En cambio la institución fiduciaria podrá realizar aquellos necesarios para el cumplimiento del fideicomiso.

7.- Por lo que hace a la duración del cargo, es notoria la diferencia puesto que el albaceazgo es un cargo al cual se establece un plazo máximo para su cumplimiento siendo éste de un año o bien puede prorrogarse por otro año más si es necesario a juicio del juez, en cambio la institución fiduciaria dura en su cargo varios años, según se trate, la ley solo menciona un plazo máximo cuando se trate de fideicomisos hechos en favor de personas jurídicas que no sean de orden público y con una duración mayor cuando se trate de fideicomisos para el mantenimiento de museos que no tengan fines de lucro. Y una vez extinguido el fideicomiso termina su cargo, y éste no podrá prorrogarse.

8.- De acuerdo al Código Civil y a la legislación banca

ria, tanto el albacea como la institución fiduciaria, deben rendir cuentas de su actuación, únicamente difieren en relación a que el albacea debe de hacer varias - como hemos visto con anterioridad - y en cambio la legislación bancaria no expresa al igual que el Código Civil en que plazos debe rendir cuentas y solo alude a estas, diciendo que una vez requerida la institución fiduciaria - debe rendir cuentas, dentro de los quince días siguientes.

9.- Las causas de terminación del cargo de albacea son diferentes a las de la institución fiduciaria y solo coinciden en: la terminación por renuncia, remoción, por la realización del fin para el cual fueron designados.

B. SEMEJANZAS ENTRE EL FIDEICOMISARIO, Y EL HEREDERO - O LEGATARIO.

Fideicomisario;

Definición.- La ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 348 párrafo primero señala: "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica".

Capacidad.- Anteriormente las leyes y proyectos que precedieron a la vigente no hacían referencia a la capacidad exigida en relación a los beneficiarios del fideicomiso, en nuestra ley - substantiva actual se señala como ya apuntamos arriba quienes pueden ser fideicomisarios; a este respecto el maestro Rodolfo Batiza se expresa en los siguientes términos; "al exigir capacidad a los fideicomisarios, este artículo debe interpretarse en el sentido, de no aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, - sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley: puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados, y aún de no nacidos". (16) Se manifiesta casi - en la misma forma Lepaulle al decir que el primer párrafo del ar-

título que comentamos no amerita tratamiento especial ya que la capacidad a la que se refiere no tiene peculiaridad alguna en la institución del fideicomiso.

El fideicomisario tiene como característica la facultad de aceptar o rechazar los beneficios que del fideicomiso derivan; esta facultad no deriva implícitamente de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito pero al respecto es aplicable supletoriamente el Código Civil.

A este respecto el maestro Luis Muñoz nos dice; "aunque la Legislación Bancaria nada establece es indudable que el fideicomisario y de acuerdo al artículo 2340 del Código Civil tiene derecho a renunciar y dicho cuerpo legal preceptúa que la donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador". (17)

Derechos del fideicomisario;

1.- Están limitados por el acto constitutivo. Es decir por el fideicomiso mismo. En principio, el o los fideicomisarios tienen derecho a recibir los rendimientos o los remanentes que -- queden a la extinción del fideicomiso, salvo pacto en contrario;

2.-Derecho a exigir rendición de cuentas y a que la fiduciaria cumpla con los fines del fideicomiso;

3.- Derecho a modificar el fideicomiso, si es irrevocable para el fideicomitente;

4.- La facultad para transferir sus derechos de fideicomisario, y;

5.- El derecho de revocar y dar por terminado anticipadamente el fideicomiso; si así se prevee en el acto constitutivo

(16) BATIZA RODOLFO: Ob. Cit.; "El Fideicomiso"; P. 171.

(17) MUÑOZ LUIS: Ob. Cit. "Derecho Bancario Mexicano"; P. 490.

del mismo.

Se manifiesta en este mismo sentido el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y además señala que en el caso de que no exista fideicomisario determinado o bien cuando éste sea incapáz, el ejercicio de los derechos a que nos hemos referido corresponderán en primer lugar a la persona que ejerza la patria potestad, posteriormente al tutor o bien al Ministerio Público en su caso (artículo 355).

El maestro Luis Muñoz nos da su opinión respecto a los derechos y declara "en la legislación mexicana no se establecen normas adecuadas para la protección de la esfera de intereses fideicomitida, en interés del fideicomisario, pues la remoción del fiduciario no es una solución práctica; pero insuficiente y lenta ya que procede cuando por sentencia ejecutoriada ha sido declarada dicha institución culpable de la pérdida o menoscabo de la esfera de intereses fideicomitida" (18).

Batiza por su parte entiende que "el artículo 355 de -- L.G.T.O.C., introduce una acción especial, que es diversa a la consagrada en el derecho común, que puede ser asimilada por sus efectos a la llamada acción pauliana, también llamada revocable.

Ahora bien el Proyecto de la Asociación de Banqueros establece que el fideicomisario tendrá derecho también a obtener la restitución al patrimonio del mismo fideicomiso de aquellos bienes que hayan salido del mismo y que esto sea consecuencia de los actos cometidos por la institución fiduciaria en perjuicio del fideicomisario, con infracción del fideicomiso o de mala fe.

Obligaciones del fideicomisario;

"1.- Tiene la obligación de pagar los impuestos, derechos

(18) MUÑOZ LUIS: Ob. Cit.; P. 489.

y multas que se causen con la ejecución del fideicomiso.

2.- Obligación de pagar los gastos que se causen en la ejecución y extinción del fideicomiso.

3.- Obligación de pagar los honorarios fiduciarios" (19)

Puede tener en su caso el fideicomisario, la obligación de cumplir con las modalidades que le hayan sido impuestas por el fideicomitente.

Herederero;

Definición.- de acuerdo al maestro Rojina Villegas en su "Proyecto de Reformas al Código Civil del Distrito y Territorios Federales" señala "artículo 1284 el heredero es un causahabiente a título universal de toda la herencia o de una parte alícuota de la misma y responde a beneficio de inventario del pasivo de la sucesión hasta donde alcance la cuantía de los bienes que herede" - (20).

Putcha, jurista mencionado en la obra del maestro Ibarro la se refiere al heredero de la siguiente manera "el heredero es el sucesor de la personalidad patrimonial del difunto, del causante". A su vez Keller dice "es la persona económica del difunto" - (21).

Capacidad.- Nuestro Código Civil en su artículo 1313 señala "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 relación a ciertas personas, y a determinados bienes pueden perderla por alguna de las causas

(19) ACOSTA ROMERO MIGUEL: Ob. Cit.; P. 339.

(20) ROJINA VILLEGAS RAFAEL: "Proyecto de Reforma al Código Civil del Distrito y Territorios Federales"; Ed. Porrúa; México 1967; P. 134.

(21) DE IBARROLA ANTONIO: Ob. Cit.; P. 620.

siguientes; I.- Falta de personalidad; II.- Delito; III.- Presun-
ción de influencia contraria a la libertad del testador o a la --
verdad o integridad del testamento; IV.- Falta de reciprocidad in-
ternacional; V.- Utilidad Pública; VI.- Renuncia o remoción de al-
gún cargo conferido en el testamento".

Bonecasse con relación a la capacidad para heredar dice:
"Una vez demostrada la existencia del heredero, la única incapaci-
dad que existe para heredar es la no viabilidad. En efecto; no -
solo es necesario existir sino además, ser viable. La no viabili-
dad supone necesariamente una vida artificial. No puede hablarse
de inexistencia, porque el individuo existe; es una incapacidad -
de goce; que se confunde con la inexistencia misma y que conduce
al mismo resultado". (22).

Características.- Al igual que el fideicomisario, el he-
redero tiene la facultad de aceptar o rechazar la herencia, facul-
tad que se deriva del capítulo VII de nuestro Código Civil quien
en términos generales señala: La aceptación de la herencia es un
acto jurídico unilateral, por el cual el heredero manifiesta ex-
presa o tácitamente su voluntad en el sentido de aceptar, los de-
rechos y obligaciones del autor de la sucesión.

Se ha dicho que la repudiación de la herencia también -
es un acto unilateral por medio del cual el heredero renuncia a -
su calidad, esto puede ser, por escrito o bien por medio de un ins-
trumento público entregado ante notario, esto es, cuando el here-
dero no se encuentra en el lugar del juicio.

También nos señala la ley que ninguna persona puede re-
pudiarse o aceptar la herencia en parte, con plazo o condicionalmen-
te.

(22) BONECASSE JULIAN: Ob. Cit.; P. 250.

Asimismo se dice que cuando los herederos no convinieron sobre la aceptación o repudiación de la herencia, pueden aceptar unos y rechazar otros.

Es transmisible el derecho a aceptar o repudiar la herencia a sus sucesores, cuando el heredero haya fallecido.

La repudiación debe ser expresa y hacerse por escrito - ante el juez pero dicha repudiación no priva a quien la hace, a reclamar los legados que se le hubieren dejado.

Ninguna persona puede renunciar a la sucesión de persona viva, ni enajenar los derechos que eventualmente pueda tener a su herencia.

En cuanto a las personas morales que son capaces de adquirir por conducto de sus representantes legítimos, aceptar o repudiar la herencia; pero cuando se trata de corporaciones de carácter oficial o de instituciones de beneficencia privada no pueden repudiar la herencia, los primeros sin aprobación judicial, - previa audiencia del Ministerio Público, y los segundos sin sujetarse a las disposiciones relativas de la Ley de Beneficencia Privada.

Los establecimientos públicos no pueden aceptar o repudiar herencias sin aprobación de la autoridad administrativa superior de quien dependan.

La aceptación y la repudiación cuando ya han sido realizadas tienen el carácter de irrevocables y no pueden ser impugnadas solo en los casos de dolo o violencia.

„Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, estos pueden pedir al juez que los autorice para aceptarla en nombre del heredero. A este respecto dice la ley que la aceptación solo podrá aprovecharse para el pago de los deudores y que en el caso de que la herencia exceda al importe de éstos, la

cantidad sobrante pertenecerá a quien llame la ley y en ningún caso al que hizo la renuncia. Cuando los acreedores tengan créditos que hayan sido posteriores a la repudiación de la herencia, no podrán ejercer el derecho a pedir que se les conceda aceptarla en nombre del heredero.

El que por la repudiación de la herencia, debe entrar en ella, podrá impedir que la acepten los acreedores pagando a estos los créditos que tienen contra la persona que la repudió.

Y por último la aceptación en ningún caso produce confusión respecto a los bienes del autor de la herencia y de los herederos por que toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario aunque ésto no se exprese.

Derechos del Heredero.- Como se ha mencionado el heredero es el continuador de la personalidad patrimonial del de-cujus de todos los derechos del autor de la herencia, es decir todo su patrimonio, es por ello que adquiere la propiedad de todos los bienes y además la posesión de los mismos.

El jurista Lepaulle señala los derechos de los herederos de la siguiente manera: "Como consecuencia de la transmisión por causa de muerte el heredero adquiere los siguientes derechos:

a).- La propiedad de los bienes pertenecientes al causante, a quien reemplaza en su carácter de titular.

b).- Las acciones relativas a esos mismos derechos.

Además le competen otras facultades a título propio, vinculadas con el derecho hereditario mismo.

c).- La opción de que hablamos a su tiempo, que prácticamente se traduce por la posibilidad de renunciar o de aceptar bajo beneficio de inventario quedando en caso de silencio en la situación creada por la transferencia.

d).- La petición de herencia.

e).- Las acciones posesorias de la herencia.

f).- Los derechos derivados de la indivisión, inclusive el de solicitar la partición.

Bajo su aspecto pecuniario, este conjunto de facultades pueden ser materia de cesión por parte del heredero, sin separarlas de las cargas correspondientes". (23).

El profesor Alberto Trabucchi comenta "el heredero al suceder en el universum ius, dispone de las mismas acciones que hubieren correspondido al de-cujus; acciones reales, como la acción de reivindicación de los bienes hereditarios o la acción negatoria, y acciones personales respecto de las relaciones en que fue parte el difunto y en las que se subroga como consecuencia del fallecimiento de su causante".

Asimismo sigue diciendo "al heredero, como tal, se le reserva la acción a petición de herencia. En virtud de que el heredero tiene derecho a solicitar el reconocimiento de su calidad hereditaria contra cualquiera que posea la totalidad o parte de los bienes hereditarios". (24).

Obligaciones.- Respecto a este punto Elías y Ferrater declaran "que las obligaciones a que esta sujeto el heredero son las siguientes:

a).- El heredero esta obligado además a satisfacer las deudas y obligaciones del difunto y además a cumplir los legados y mandas que éste hubiera ordenado.

b).- El heredero esta obligado además a satisfacer los gastos de entierro y funerales del difunto.

Si por haber retardado la aceptación el juez con arre-

23) LEPAULLE: Ob. Cit.; P.P. 177 y 178.

24) TRABUCCHI ALBERTO: "Instituciones de Derecho Civil"; P. 454.

glo a lo expresado y si por esta razón se hubiese vendido alguna cosa de la herencia para pagar los funerales, el heredero además de estar sujeto a estas ventas, deberá indemnizar a los legatarios en el caso de haberse enajenado alguna cosa que les hubiese sido legada.

c).- El heredero abonará también los gastos de entierro que por su negligencia y con ánimo de recobrarlos hubiese hecho - un tercero, aun en el caso de que se hubiese opuesto a ello.

d).- Los gastos de los funerales solo deben ser abonados por el heredero. Se comprenden en los gastos funerales los de conducción del cadáver, si la muerte hubiese acaecido en el extranjero, el valor del féretro y lugar en que ha sido enterrado, los de conducción al cementerio y en general todo lo gastado por razón - del cadáver antes de su inhumación". (25).

Legatario:

Definición.- El jurista Messineo nos dice que el término "legado puede tomarse en tres significados diversos, aunque lógicamente - conexos entre si; y son:

a).- Se puede querer indicar, con él, un negocio jurídico, o sea una declaración de voluntad, cuyo contenido es -de ordinario- una atribución de bienes; en tal caso es un acto de disposición.

b).- El legado puede ser considerado como título de una administración de derechos patrimoniales que, de ordinario encuentra su correspondencia, en una disposición testamentaria, o sea, en un negocio jurídico. En este sentido se dice que el favorecido adquiere un derecho por efecto delegado.

c).- Puede considerarse en fin, como tipo o forma de su

(25) ELIAS JOSE ANTONIO Y DE FERRATER ESTEBAN: "Manual de Derecho Civil"; Madrid Barcelona, 1885; P.P. 794 y 795.

cesión mortis causa y como tal -según sabemos- implica sucesión a título particular, o sea, sucesión en determinadas relaciones jurídicas patrimoniales o en determinadso bienes y además a título gratuito". (26).

A su vez el jurista Frutos manifiesta: "legado es toda liberalidad testamentaria de una parte determinada de los bienes de la sucesión, de un bien o de un conjunto de bienes determina--dos".

Capacidad.- De acuerdo a Frutos "el legado puede quedar sin efecto por dos circunstancias a saber:

a).- Muerte del legatario antes que el testador. Si - - Juan en su testamento hace un legado a Pedro, y éste muere antes que aquél, sus herederos nada pueden reclamar.

b).- Si la ejecución del legado está subosdinada a una condición suspensiva o a un término cierto, y el legatario muere antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del tér--mino, sus herederos tampoco tienen derecho al legado". (27).

Características.- Cabe mencionar que la única caracterís--tica en cuanto a su semejanza con relación al heredero y fideiomi--sario, es en virtud de la facultad que se tiene para su aceptación o rechazo y en cuanto a esto debe# mencionarse que cuando se hace la aceptación o renuncia del legado este debe ser total ya que la ley no acepta la parcialidad, es decir, que sean aceptados o re--chazados solo en una parte.

Derechos.- Tienen derecho a aceptar o repudiar el lega--do que el testador haya dejado en su favor, gravando con este a -

(26) FRANCESCO MESSINEO: Ob. Cit.; P. 321.

(27) FRUTOS PEDRO E ISAURO P. ARGUELLO: Ob. Cit.; P.P. 317 y 319.

un heredero o bien a un legatario para lo cual dispone el Código Civil que no podrá aceptar una parte del legado y repudiar otra -- (esto de acuerdo al artículo 1397).

Frutos señala con relación a esos derechos "el legatario tiene una acción personal contra los herederos para obtener el -- cumplimiento del legado. Los herederos están obligados personal-- mente al pago de los legados en proporción a su parte hereditaria; pero son solidarios en obligación cuando la cosa legada no admite división. Además los herederos, y lo mismo las personas encargadas de cumplir el legado, responden al legatario de los deterioros o pérdida de la cosa legada y de sus accesorios, ocurridos posterior-- mente a la muerte del testador, sea por su culpa o por haber incu-- rrido en mora en cuanto a la entrega, a menos, en este último ca-- so, que la pérdida o el deterioro hubiese ocurrido igualmente es-- tando la cosa en manos del legatario". (28).

Obligaciones.- Artículo 1285 del Código Civil dispone; - "El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas - que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos.

C. CONVENIENCIA DE LA REGLAMENIACION DEL FIDEICOMISO EN DERECHO CIVIL, EN MATERIA DE SUCESIONES.

El Trust anglosajón, es una figura jurídica que logró -- debido a las ventajas que presentaba, traspasar los límites de su país de origen, extendiéndose así su aplicación a medida que pasa-- ba el tiempo a varios países entre ellos Estados Unidos y los inte-- grantes de Comunidad Británica de Naciones y otros más sudamerica-- nos que al igual que el nuestro lo conocen con el nombre de fidei-- comiso, volviéndose por así decirlo internacional. En lo conducen--

(28) FRUTOS PEDRO E ISAURO P. ARGUELLO: Ob. Cit.; P.P. 218 y 219.

Cervantes Ahumada opina que: "Los grandes éxitos de los ban--
fiduciarios norteamericanos, y la intervención de capital nor--
americano en México proyectaron sobre nuestro país la institución
Trust". (1).

Podemos decir que es una figura reciente en nuestro régi--
jurídico, en virtud de la falta de antecedentes históricos que
el se tienen en nuestra legislación. Su regulación para algunos
pres es considerada a partir de la ley General de Títulos y Ope--
ciones de Crédito de 1932 por el auge que tuvo, pero esto quizá
ido al desconocimiento de los fideicomisos celebrados bajo la -
encia de la Ley General de Instituciones de Crédito y Estable--
mientos Bancarios de 1926 (la cual abrogó a la ley que reglamen--
por primera vez el fideicomiso que es la Ley de Bancos de Fidei--
iso del mismo año).

Al respecto nos dice el Lic. Batiza: "Así puede compro--
se con los libros respectivos del Registro Público de la Propie--
del Distrito Federal, en especial los correspondientes al año
1931. El primer fideicomiso registrado tiene fecha 8 de octubre
1930, presentado al Registro el 7 de marzo de 1931, e inscrito
5 de junio del mismo año, cuyo fin consistía en la venta de in--
bles para cubrir créditos del fiduciario y de otros acreedores.
emás de éste llegaron a inscribirse cuatro contratos de fideico--
sos antes de que se promulgara la Ley General de Instituciones -
Crédito de 28 de junio de 1932". (2).

Son tales los beneficios que presenta que me parece con--
niente su utilización también para aquellas personas que tengan
ánimo de transmitir sus bienes a sus familiares o seres queridos

) CERVANTES AHUMADA RAUL: Ob. Cit.; P. 288.

) BATIZA RODOLFO: Ob. Cit.; "El Fideicomiso"; P. 114.

solo mediante la celebraci3n de un testamento sino que tambi3n puede efectuarse a su vez, o en lugar de aqu3l un fideicomiso para sucesi3n de sus bienes.

La pretendida reglamentaci3n del fideicomiso no excluye la realizaci3n de la libre voluntad del testador y posteriormente la ejecuci3n del juicio sucesorio, sino que 3nicamente le da opci3n al titular de los bienes a elegir entre estas dos figuras, para cuando desee transmitir la propiedad o el usufructo de los mismos, a las personas con las cuales se encuentre unido por un lazo de parentesco, amistad o afecto, o bien a la sociedad a tra- s de la beneficencia p3blica, para la conservaci3n de museos o bien para el cuidado de cosas inanimadas como tumbas, estatuas, etc., en dichos casos debe acudir el Ministerio P3blico como representante de la sociedad a ejercer los derechos correspondientes por no existir fideicomisario determinado, o bien mediante la designaci3n de un Comit3 T3cnico o de distribuci3n de fondos en los t3rminos del art3culo 45 fracci3n IV 3ltimo p3rrafo de la Ley General de Instituciones de Cr3dito.

La conveniencia de la reglamentaci3n del fideicomiso en derecho civil la encontramos por las siguientes causas:

Podemos se3alar que el fideicomiso, es una figura mediante la cual se realiza con mayor celeridad la transmisi3n de los bienes o en su caso el usufructo de los mismos de una persona capaz en beneficio de otra, quien recibe este beneficio a trav3s de una instituci3n fiduciaria legalmente autorizada para ello. En virtud de que evita tr3mites administrativos que demoran la entrega de los citados beneficios, pues de llevarse a cabo la sucesi3n testamentaria los herederos deben de realizar una serie de requisitos se3alados por la ley para poder llevarse a cabo el juicio sucesorio correspondiente (y que ya he mencionado en el cap3tulo anterior),



ENEP ARAGON

pero a consecuencia del excesivo trabajo existente en los juzgados la tramitación de estos expedientes es lenta, obstaculizando a los herederos o legatarios recibir con prontitud la parte de la herencia que les corresponda.

Otra de las conveniencias, es en cuanto a lo forma que debe revestir el fideicomiso para su celebración ya que no es tan rigurosa como aquellas formalidades necesarias para la realización de un testamento, como por ejemplo, en el caso de que una persona desee realizar un testamento público abierto necesitará la presencia de tres testigos idóneos quienes deberán firmar junto con el testador y el notario al calce de dicho documento. Este número de testigos aunque en forma variada los encontramos como requisito indispensable para la celebración y validez de cualquiera de los testamentos contemplados por la ley; en cambio en el fideicomiso no se requiere tal formalidad. Otra formalidad evitable con el fideicomiso es en el caso de otorgar un testamento ológrafo el cual deberá ser hecho por duplicado, haciendose el depósito personalmente por el testador del original de dicho documento en el Registro Público de la Propiedad el cual deberá ir en un sobre lacrado y sellado debidamente; y en el fideicomiso solamente se hace la protocolización respectiva ante el notario público.

Considero que el fideicomiso deba ser reglamentado por el derecho civil, y en virtud de señalarlo para los casos particulares en que se desea hacer la transmisión de los bienes o del beneficio de estos hasta la muerte del fideicomitente en favor de un fideicomisario designado por este, debe entonces ser incluido en el capítulo de sucesiones de nuestro Código Civil.

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

1.- La Ley sobre "usos" o "estatuto sobre usos" en vez de terminar con el "uso" dio origen al trust, el cual a su vez es el modelo mediató del fideicomiso en México.

2.- En nuestra legislación la primera reglamentación sobre el fideicomiso se encuentra en la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.

3.- El fideicomiso mexicano, es un contrato en virtud del cual, una persona llamada fideicomitente, debido a la confianza que le inspira la aptitud, solvencia y honorabilidad de una institución fiduciaria, transfiere a ésta sus derechos sobre ciertos bienes para que realice un fin por el determinado o aplique sus beneficios a otra persona llamada fideicomisario.

4.- En México se limitó al ejercicio fiduciario únicamente a las sociedades o las instituciones de crédito que disfruten de concesión otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para llevar a cabo operaciones fiduciarias.

5.- La prohibición de las substituciones fideicomisarias, se justifica porque impiden la libre circulación de los bienes, estimulando el estancamiento de los mismos durante varias generaciones, y por lo tanto también limitan al heredero fideicomisario, el cual no puede ejercer su derecho de propiedad y solo puede considerarse como un usufructuario de los bienes.

6.- El albacea y la institución fiduciaria tienen facultades y obligaciones que difieren entre sí, pues las de éste último son más variadas y su alcance depende los términos del fideicomiso, mientras que los del primero son de carácter transitorio y limitadas a la distribución del caudal hereditario.

7.- El fideicomisario, el heredero o legatario son los beneficiarios del fideicomiso y la herencia respectivamente.

8.- El Estado debe de tomar medidas para fomentar las -
operaciones de fideicomiso por virtud de una legislación y regla-
mentación adecuadas; para lo cual se hace necesario un profundo -
estudio por una comisión nombrada al respecto.

9.- Sería conveniente reglamentar al fideicomiso en el
derecho civil en materia de sucesiones, y así darle la oportunidad
al de-cujus (para cuando desee transmitir el usufructo y poste- -
riormente la propiedad o solo esta última de sus bienes) de optar
por hacer un testamento o bien la celebración de un fideicomiso.

10.- Con la celebración de un fideicomiso se evitaría, -
el que lo constituye las formalidades que son requeridas para la
celebración de algún testamento, y los beneficiarios los trámites
administrativos que son lentos y que forzosamente deben efectuar-
se al llevarse a cabo la sucesión testamentaria, así por tanto di-
cha celeridad de aquellos resulta ventajosa.

11.- Y que por su organización económica, administrativa
y jurídica de la institución fiduciaria asegura a los particulares
una adecuada administración de los bienes o derechos que le hayan
encomendado, cubriendo con esto un verdadero servicio social en -
beneficio de la sociedad.

B I B L I O G R A F I A

- ACOSTA ROMERO MIGUEL "Derecho Bancario"; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1978.
- AGUILAR CARVAJAL LEOPOLDO "Segundo Curso de Derecho Civil"; Editorial Porrúa, S.A., México, 1967.
- ARAUJO VALDIVIA LUIS "Derechos de las Cosas y Derecho de las Sucesiones"; Editorial Cajica, S.A.; México, -- 1965.
- BATIZA RODOLFO "El Fideicomiso"; Editorial - Porrúa, S.A.; México 1980.
"Evolución del Concepto de Fideicomiso a través de la jurisprudencia Mexicana"; editado - bajo los auspicios de la Asociación de Banqueros de México; México 1956.
"Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración - - Fiduciaria"; Editorial Porrúa S.A., México 1977.
- BONNECASE JULIAN "Elementos de Derecho Civil; Trad. José M. Cajica, Jr., Tomo III; Editorial José M. Cajica, Jr., México 1946.
- CASTAN TOBEÑAS JOSE "Derecho Civil Español, Común y Foral"; Tomo VI, Vol. I; -- Editorial Reus, S.A., Madrid, 1969.

- CERVANTES AHUMADA RAUL "Títulos y Operaciones de Crédito", Editorial Herrero, - - S.A., México 1978.
- COLIN SANCHEZ GUILLERMO "Procedimiento Registral de la Propiedad"; Editorial Porrúa, S.A., México 1972.
- DE IBARROLA ANTONIO "Cosas y Sucesiones"; Editorial Porrúa, S.A., México, -- 1977.
- DE PINA VARA RAFAEL "Elementos de Derecho Civil - Mexicano"; Vol. II; Editorial Porrúa, S.A., México 1966.
"Derecho Mercantil Mexicano"; Editorial Porrúa, S.A., México, 1975.
- DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE "El fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico". Editorial Porrúa, S.A. México, 1975.
- ELIAS JOSE ANTONIO Y DE FERRATER ESTEBAN "Manual de Derecho Civil", Madrid, Barcelona 1885.
- EUGENE PETIT "Tratado Elemental de Derecho Romano"; Editorial Nacional, - México, 1976.
- FERNANDEZ AGUIRRE ARTURO "Derecho de los Bienes y de las Sucesiones"; Editorial José M. Cajica, S.A.; México, - 1972.
- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO "El Derecho Privado Romano"; Editorial Esfinge, S.A., México, 1975.

FRUTOS PEDRO E. ISAURO P.
ARGUELLO

"Compendio General de Derecho Civil"; Editor Biblioteca Jurídica Argentina, Superí, Buenos Aires, 1930.

GRECO

"Derecho Mercantil"; Trad. -- Puente y Flores y Octavio Calvo Marroquín; Editorial Banca y Comercio; México, 1967.

LEPAULLE PIERRE

"Tratado Teórico y Práctico - de los Truts"; Trad. Pablo Macedo; Editorial Porrúa, S.A.; México 1975.

"Compendio de Derecho Civil"; Bib. Jurídica Argentina Superí; Argentina, 1933.

MESSINEO FRANCESCO

"Manual de Derecho Civil y Comercial"; Tomo VII; Trad. Santiago Sentís Melendo; Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires; 1971.

MUÑOZ LUIS

"El Fideicomiso"; Cárdenas -- Editor y Distribuidor; México 1980.

"Derecho Bancario Mexicano"; Cárdenas Editor y Distribuidor; México, 1974.

"Derecho Civil Mexicano"; Tomo II; Ediciones Modelo; México, 1971.

RABASA OSCAR

"Derecho Angloamericano"; Editorial Fondo de Cultura -- Económica; México, 1944.

RIVAROLA RODOLFO

"Instituciones de Derechos Civil Argentino; Tomo II, Editorial Kapelusz & Cía. Buenos Aires, 1941.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ
JOAQUIN

"Derecho Mercantil", Tomo II;
Editorial Porrúa, S.A.; Méxi-
co, 1952.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL

"Compendio de Derecho Civil",
Tomo II; Editorial Porrúa, --
S.A., México, 1976.

"Proyecto de Reformas al Cód*í*
go Civil del Distrito y Terri-
torios Federales". Editorial
Porrúa, S.A., México, 1967.

TRABUCCHI ALBERTO

"Instituciones de Derecho Ci-
vil".

URIBE LUIS F.

"Sucesiones en el Dreecho Me-
xicoano": Editorial Jus, S.A.;
México, 1962.

VALENCIA ZEA ARTURO

"Derecho Civil"; Tomo VI; Edi-
torial Temis, Bogotá, 1964.

LEGISLACION CONSULTADA

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1932.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932.