



603
24
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"EL FIDEICOMISO COMO OBJETO DE
LA SUCESION TESTAMENTARIA"

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

MICAELA DE LA PEÑA MENDEZ



DIRECTOR DE TESIS,
FERNANDO OJESTO MARTINEZ PORCAYO

MEXICO, D. F.

1989

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL FIDEICOMISO COMO OBJETO DE LA
SUCESSION TESTAMENTARIA

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO.	
EL FIDEICOMISO EN MEXICO	
I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO EN MEXICO	1
1.- EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO INGLES	1
2.- EL TRUST EN LOS ESTADOS UNIDOS DE - NORTEAMERICA	10
3.- DESARROLLO DEL FIDEICOMISO EN LA LE GISLACION MEXICANA	11
A) PROYECTO DEL LICENCIADO JORGE VERA ESTAÑOL	12
B) PROYECTO DEL LICENCIADO JOSE I. LI MANTOUR	12
C) PROYECTO DEL LICENCIADO ENRIQUE C. CREEL	13
D) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRE DITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS - DE 1924	15
E) LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926	15
F) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRE- DITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926	16

G) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE <u>CRE</u> DITO DE 1932	16
H) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932	17
I) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE <u>CRE</u> DITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941	17
J) DECRETOS DE FECHA 1o. y 6 DE SEP -- TIEMBRE DE 1982	18
K) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PU-- BLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1982	19
L) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PU-- BLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1985	21
II.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO	23
1.- CONCEPTO LEGAL DEL FIDEICOMISO	23
2.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO	29
A) TEORIA DEL MANDATO	31
B) TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECTACION	37
C) TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERE- CHO DE PROPIEDAD	46
D) EL FIDEICOMISO COMO UNA TRANSMISION DE DERECHO AL FIDUCIARIO	51
1.- TEORIA DE JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ	51
2.- TEORIA DE JORGE SERRANO TRASVIÑA	53
E) EL FIDEICOMISO COMO OPERACION BANCARIA ...	54
F) EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO ...	57

G) EL FIDEICOMISO COMO DECLARACION UN <u>I</u> LATERAL DE VOLUNTAD	65
H) EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO	69
III.- ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO	79
1.- EL FIDEICOMITENTE.....	79
A) DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE	83
B) OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE	88
2.- EL FIDUCIARIO	88
A) PERSONAS QUE PUEDEN SER FIDUCIA <u>A</u> RIOS	90
B) DERECHOS DEL FIDUCIARIO	96
C) OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO	97
D) PROHIBICIONES AL FIDUCIARIO	102
3.- EL FIDEICOMISARIO	104
A) PERSONAS QUE PUEDEN SER DESIGNADAS FIDEICOMISARIOS	104
B) DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO	108
C) OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO	116
4.- EL OBJETO DEL FIDEICOMISO	117
5.- EL FIN DEL FIDEICOMISO	119
6.- LA FORMA DEL FIDEICOMISO	121
7.- CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS	122
A) FIDEICOMISOS PUBLICOS Y FIDEICO <u>O</u> MISOS PRIVADOS	123

	Pág.
B) FIDEICOMISOS TRASLATIVOS	124
C) FIDEICOMISOS DE GARANTIA	125
D) FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACION	127
E) FIDEICOMISOS DE INVERSION	128
F) FIDEICOMISOS ONEROSOS Y GRATUITOS	128
G) FIDEICOMISOS REVOCABLES Y FIDEICOMISOS IRREVOCABLES	129
H) FIDEICOMISOS CONDICIONALES	130
I) FIDEICOMISOS DE HERENCIA	130
8.- PROHIBICIONES Y NULDADES DEL FIDEICOMISO	130
9.- EXTINCION DEL FIDEICOMISO	135
CAPITULO SEGUNDO	
LA SUCESION TESTAMENTARIA	
I.- LA SUCESION	137
1.- CONCEPTO GENERAL DE SUCESION Y LA SUCESION MORTIS - CAUSA (CLASIFICACION)	137
2.- ELEMENTOS DE LA SUCESION MORTIS - CAUSA	139
3.- APERTURA DE LA SUCESION	140
II.- LA SUCESION TESTAMENTARIA	142
1.- CONCEPTO DE LA SUCESION TESTAMENTARIA	142
2.- BREVE ANALISIS HISTORICO DEL TESTAMENTO	143
3.- CONCEPTO LEGAL DEL TESTAMENTO	145
4.- CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO	146
5.- LIBERTAD DE TESTAR Y OBLIGACION DE ALIMENTAR	148

6.- CONTENIDO DEL TESTAMENTO	151
7.- CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA TESTAR	152
8.- CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA HEREDAR	154
9.- IDEAS BASICAS PARA EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO	160
III.- FORMAS DE LOS TESTAMENTOS	167
1.- TESTAMENTOS ORDINARIOS	167
A) TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	167
B) TESTAMENTO PUBLICO CERRADO	168
C) TESTAMENTO OLOGRAFO	168
2.- TESTAMENTOS ESPECIALES	170
A) TESTAMENTO PRIVADO	170
B) TESTAMENTO MILITAR	170
C) TESTAMENTO MARITIMO	170
D) TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO	171
IV.- NULIDAD, REVOCACION Y CADUCIDAD DE LOS TESTAMENTOS	172
CAPITULO TERCERO	
EL FIDEICOMISO COMO OBJETO DE LA SUCESION TESTAMENTARIA	
1.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO CONSTITUI DO MEDIANTE TESTAMENTO	178
1.- LA UNILATERALIDAD DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO	178

	Pág.
2.- CONCEPTO DE TESTAMENTO CON CLAUSULA FIDUCIARIA	184
II.- CONSTITUCION DEL FIEDEICOMISO MEDIANTE TESTAMENTO	186
1.- OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO EN QUE SE DISPONE LA AFECTACION DE BIENES PARA-LA CONSTITUCION DE UN FIDEICOMISO	188
2.- TRAMITACION DE LA SUCESION TESTAMENTA RIA: JUDICIALMENTE O ANTE NOTARIO	189
3.- ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA	194
III.- DIFERENCIA ENTRE EL MAL LLAMADO FIDEICOMI--SG TESTAMENTARIO Y EL TESTAMENTO CON CLAUSU LA FIDUCIARIA	197
IV.- EJECUCION DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO	200
1.- INTERVENCION DE LA INSTITUCION FIDUCIARIA EN FAVOR DE LOS FIDEICOMISARIOS	208
2.- VENTAJAS DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO	210
CONCLUSIONES	213
BIBLIOGRAFIA	217

INTRODUCCION

El interés para la elaboración del presente trabajo, es en razón de que en México, poco sabemos del fideicomiso testamentario, toda vez que, nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito únicamente nos indica que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, pero no lo regula con la propiedad e importancia que éste requiere; pues únicamente se refiere a su aspecto general diciendo: "En virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando a la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Como podemos darnos cuenta, esto no es suficiente para poder comprender ampliamente al fideicomiso testamentario, y lo único que alcanzamos a esclarecer en relación a lo anterior, es que, es una figura jurídica mediante la cual el fideicomitente-testador podrá disponer de sus bienes post-mortem (toda vez que el testamento sólo surte efectos posteriormente a la muerte del testador), y por eso decimos que el fideicomiso testamentario es una cto jurídico unilateral donde el fideicomitente-testador mediante una disposición de última voluntad contenida en su testamento, decide afectar ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, que deberá ejecutar una institución fiduciaria designada al efecto.

Ahora bien, lo que se pretende en el presente trabajo es dar a conocer los fines prácticos que a través del fideicomiso testamentario pueden lograrse para suceder legalmente por causa de muerte, precisando la manera en que deberá llevarse a cabo la transmisión de los bienes fideicomitidos a los herederos y legatarios (fideicomisarios) analizando al mismo tiempo la intervención de la institución fiduciaria en la

II

ejecución de dicho fideicomiso.

Otra de las pretensiones en la elaboración de éste trabajo es dar a conocer las bases necesarias y suficientes a todas aquellas personas que mediante el otorgamiento de un testamento pretendan constituir un fideicomiso, para que con ello hagan de su patrimonio, un patrimonio planeado, y de ésta manera dejar debidamente protegidos a sus respectivos herederos y legatarios.

Aun mas, en México existe todavía mucho desconocimiento y poca es la gente que otorga su testamento; generalmente las personas que lo otorgan, son las que están de alguna manera preparadas y en tal virtud alcanzan a medir las consecuencias del hecho de dejar al arbitrio de la vida a sus beneficiarios; además de que también son personas con capacidad económica suficiente para cubrir los gastos que éste requiera en su otorgamiento y ejecución.

Independientemente, de que en el otorgamiento de un testamento se constituya o no un fideicomiso, es recomendable que todas la personas mayores de dieciseis años lo otorguen siempre y cuando tengan un patrimonio, mediante el cual poseen dejar protegidos a sus beneficiarios.

En consecuencia, haremos un estudio general del fideicomiso, analizándolo desde sus antecedentes históricos a la fecha; así como también haremos referencia a su naturaleza jurídica, demostrando mediante el fideicomiso testamentario su unilateralidad, ya que para su constitución unicamente se requiere de la voluntad del fideicomitente y sin pasar por alto los elementos que lo constituyen para su total y legal conformación.

III

Dicho lo anterior, podemos encuadrar el fideicomiso en la sucesión testamentaria; siempre y cuando el testamento mediante el cual se constituyó, haya llenado las formalidades propias que para el tipo especial del testamento se requieran.

Concretando, como ya lo dijimos anteriormente, el fideicomiso testamentario es el mejor medio para demostrar al unilateralidad del fideicomiso, toda vez, que la voluntad del fideicomitente testador es lo más importante para su constitución; así como también, es de suma importancia dejar bien fijadas las bases mediante las cuales toda persona puede otorgar un testamento y con ello la constitución de un fideicomiso; el cual es conocido como el verdadero fideicomiso testamentario, y no como se pretende llamar a aquel fideicomiso que se constituye por acto entre vivos con la cláusula mal llamada testamentaria, pues únicamente será fideicomiso testamentario aquel que se constituya mediante un testamento y de ésta manera podríamos decir que EL FIDEICOMISO SERA OBJETO DE UNA SUCESION TESTAMENTARIA, toda vez, que el fideicomiso mediante el cual se ha pretendido dejar protegidos a los respectivos heredero y legatarios, se ha constituido mediante una disposición de última voluntad, que es el testamento, y que por su naturaleza, únicamente surtirá efecto posteriormente a la muerte del testador, en éste caso fideicomitente-testador.

Pero, por otro lado, también es de comentarse, que para al ejecución del fideicomiso constituido, será necesaria la intervención de una institución fiduciaria, para que a través de ésta los fideicomisarios herederos reciban los beneficios que el fideicomiso-testamentario aporte; y de ésta manera poder marcar firmemente las ventajas que este tipo de fideicomiso presente al dejar protegidos a sus beneficiarios, mediante un fideicomiso-testamentario, y principalmente cuando entre los beneficiarios existen menores de edad o incapacitados.

CAPITULO PRIMERO
EL FIDEICOMISO EN MEXICO

I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO EN MEXICO

Antes de iniciar el estudio de la figura jurídica llamada fideicomiso, es interesante y necesario saber su raíz etimológica y al mismo tiempo su significado; por lo que a continuación hago mención de que fideicomiso tiene su raíz en las palabras latinas FIDES: que significa FÉ y COMMISUM: que significa comisión, encargo. "La palabra Fides se apoya en una propiedad moral que, atribuida a una persona da lugar a la confianza de otra" (1). Por lo que fideicomisum significa encargo o comisión basado en la confianza. Más sin embargo, aún especificando la raíz etimológica, considero que el Derecho Romano no tuvo repercusión en nuestro fideicomiso, en virtud de que el fideicomiso en nuestro país se originó en el Derecho de los países anglosajones, por lo que procedo a estudiarlos brevemente y a los cuales hago referencia.

1. EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO INGLES

El trust inglés fue uno de los antecedentes que más trascendencia jurídica tuvo en el fideicomiso de nuestro país, y haré un breve estudio de como se inició el fideicomiso en Inglaterra y su repercusión en México. El análisis de esta figura la divido en dos fases: la primera, el estudio del USE, que posteriormente pasó a ser el moderno TRUST.

(1) Julián Bojani, "Fideicomiso", Editorial Porrúa, México 1962, pág. 13

El USE en sus orígenes "fue un instrumento jurídico por medio del cual se podían transferir tierras o parte de ellas a otra persona que sería revestida de poder jurídico y de cuyo ejercicio resultaba un beneficio económico a favor de otra persona" (2).

La persona que recibía los bienes o en su caso tierras para su cuidado y administración, se le llama Fooffeee to use; y a la persona que resultaba beneficiaria de la administración de los bienes, se le llamaba Cestui que use. Solamente mediante la Constitución del USE, muchos propietarios lograron eludir las grandes cargas fiscales que imponía el régimen feudal. Dicha transmisión se hacía a título legal y el uso y disfrute quedaba reservado para el cedente o sus herederos.

Los hechos más importantes que vinieron a dar lugar al empleo del Use fueron: la Ley de Manos Muertas de 1217 y las Guerras Dinásticas, mejor conocidas como La Guerra de las Dos Rosas; tan así, que durante el siglo XII en Inglaterra la Iglesia llegó a adquirir grandes extensiones de tierras, las que recibía para realizar fines benéficos. De esta manera la Iglesia originó un gran acaparamiento de tierras y por lo tanto también riquezas a su favor, las cuales nunca fueron aplicadas a los fines para los cuales eran transmitidas, el Parlamento buscó la forma de evitar esto y dictó la Ley de Manos Muertas, pero también esta ley ocasionó inconformidades al impedir las obras piadosas encomendadas a la Iglesia, y es entonces cuando la gente acudió al empleo del Use, de la siguiente manera: El Fooffeee to use recibía los bienes destinados a las obras piadosas de la Iglesia, quien se convertía en el Cestui que use (beneficiario), gozaba de dichos - - -

(2) José Manuel Villagorda Lozano "Doctrina General del Fideicomiso" Editorial Porrúa, México 1982, Pág. 6

bienes conforme a los fines señalados por el *Use* to use.

Durante la Guerra de las Dos Rosas (ésta era una gran guerra civil provocada por la lucha por la Corona en Inglaterra), los bienes de los propietarios estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores como pena por el delito de alta traición, que es la que se les imputaba. Para prevenir esas confiscaciones, los que participaban en esas contiendas transmitían sus bienes a una persona por medio de una cesión de derechos, quedando el cesionario en posesión de los mismos, para el uso exclusivo del otorgante o de sus herederos. En este caso cuando el cedente caía en manos de sus enemigos y era condenado por el delito de alta traición, ya no había bienes que le pudieran ser confiscados.

La utilización del *Use* trajo como consecuencia el desarrollo de todo un sistema de justicia conocido como Equidad, ya que la ley Inglesa en los siglos XII y XIII era muy rígida y sus formalidades y tecnicismos se observaban estrictamente, es por eso que los tribunales de Derecho Común (Common Law) (3) no dictaban sus resoluciones a menos de que las situaciones planteadas encuadraran perfectamente en el supuesto legal.

(3) El Derecho Común (Common Law), nacido en Inglaterra, fué un sistema único en su género para administrar justicia ya que en una gran parte de las naciones europeas vivieron y viven todavía bajo la influencia del derecho Romano, el que fue conocido como Derecho Civil.

El Maestro JOSE MANUEL VILLAGORDOA LOZANO(4), da el concepto de Equidad, enfocándolo a la figura jurídica que estamos estudiando y lo define como "El Sistema de Jurisprudencia, basado en buena razón, buena conciencia e introducida y desarrollada por los Cancilleres de Inglaterra, por autoridad del rey, con el asentimiento del Parlamento, para hacer justicia donde era denegada. Por el derecho común (common Law) o para hacer una justicia más perfecta que la que podía hacerse a través del Derecho Común (common Law)". Esto hacía prevalecer los derechos del Feoffee sobre los del Cestui que use, lo que ocasionó la aparición de la Equity como un ordenamiento jurídico en el derecho anglosajón.

El Derecho Común (Common Law), fue tan estricto que en muchas ocasiones incurría en errores e injusticias y en repetidos casos resultaba inadecuado para los comerciantes e industriales que en su mayoría quedaban desamparados. Este derecho regularmente se adecuaba a la gente rural, de ahí fue que surgió el sistema supletorio de jurisprudencia, donde se acudía directamente al Rey para que diera solución a las situaciones que eran planteadas por los querellantes; sin embargo, debido al crecimiento del reino, el Rey, ya no pudo ver las situaciones de los querellantes para lo cual delegó facultades a los cancilleres (Canciller es el funcionario que administraba justicia fuera de la órbita de la ley formal del Derecho Común o Estricto).

Los cancilleres decidían las querellas de acuerdo a su conciencia y no tenían necesidad de acatar principios ni normas legales. El Canciller creó sus propios procesos para obligar a los fiduciarios deshonestos y guardianes infie-

(4) Villagordoa Lozano J. Manuel, Ob. Cit. pág. 11 y 12.

les para que comparecieran ante él y respondieran a los cargos en su contra y si resultaban culpables estaban obligados a restituir los bienes ó tierras obtenidas en el abuso de sus funciones.

La justicia para las peticiones de los beneficiarios de un Use, empezó a ser impartida por el Canciller y para el siglo XIV se aceptó la fuerza legal de los Uses. Los Uses fueron sometidos a la jurisdicción de equidad. Sin embargo, el rigorismo del sistema feudal fue perdiendo fuerza y los tribunales decretaron que los Uses fueran contra el orden público.

El objetivo de los tribunales de equidad (Equity) fue el de resolver aquellos casos no previstos por el Derecho Común, y que por la rigidez del derecho estricto escapan a su jurisdicción. Desde la creación de estos tribunales el cumplimiento del Use ya no quedaba a la voluntad del feoffee to, use, pues en caso de incurrir en incumplimiento el Canciller estaba facultado para ordenar que se cumpliera la obligación en sus términos y aunque para eso tuviera que restituirse la propiedad. Así transcurrido el tiempo y en el año de 1534, el Parlamento Inglés expidió la Ley sobre Uses; ya que los Uses, con la práctica llegaron a convertirse en Derecho Consuetudinario llegando al punto de privar al Rey y a los terratenientes del país de sus privilegios y prerrogativas que disfrutaban durante el régimen feudal.

Para corregir esta situación, la mencionada ley disponía "que quien gozara de un Use, sería considerado como propietario de pleno derecho" (5), y a esto es lo que se llama

(5) Villagordo Lozano José Manuel, Ob. Cit. pág. 16.

ejecutar el uso, dicha ley no logró terminar con los Uses y en el año de 1535, el Parlamento dictó el ESTATUTE OF USES, el cual motivó un enfrentamiento entre el Estado y la Iglesia, confiscándole éste sus propiedades y el proceso que utilizó para ello fue la abolición de los uses, ya que al amparo de éste la Iglesia poseía bines y tierras.

La finalidad del Estatute fue abolir los uses y dar al Cestui que uses la propiedad legal y el Feoffee to use sería ignorado por el Derecho en lo absoluto; de esta manera se respetaba la intención del donante y comprador, puesto que a partir de entonces se darían los títulos de propiedad y el Feoffee to use desaparecería ya que no tenía ningún interés personal que hacer respetar. "También se determinó que dicho Estatute no afectara Use sobre Use y entonces los uses que estaban en esta situación tomaron el nombre de Trust, por considerar que esta palabra era más adecuada para designar la institución transformada de acuerdo con la jurisprudencia que se derivaba de la aplicación del estatuto; fue así como se comenzó a llamar Trustee a la persona a la cual los tribunales habían dado la propiedad de antiguo use" (6). De esta manera el Use fue desconvolviéndose poco a poco hasta llegar a ser reconocido con fuerza legal por la cancillería con el nombre de moderno trust.

EL TRUST

El Trust consiste en separar de una persona llamado settlor, un conjunto de bienes (inmuebles, muebles, créditos, etc.) de su fortuna y confiarlos a otra persona llamada Trustee para que haga de ellos un uso prescrito en provecho de un tercero llamado Cestui que trust. (7)

(6) Banco Mexicano Somex, S.A., Institución de Banca Múltiple "Las Instituciones Fideicomisarias y el Fideicomiso en México" 1982, pág. 20

(7) Bojalil Julián, Ob. Cit. pág. 35.

Como vimos, el Trust se introdujo en Inglaterra en el - siglo XIV y se originó como consecuencia de la separación de los tribunales de equidad, el Trust fue aplicado posteriormente a todos aquellos intereses de equidad.

Un Trust existía siempre y cuando el título de la cosa (res) estuviera a nombre de una persona para el uso y beneficio de otras. Es importante señalar que: "El Trust no nace del contrato entre tres personas o voluntades, sino que es el efecto de la voluntad unilateral de su creador, manifestada mortis cause o inter vivos" (8).

Son tres las personas que intervienen en el Trust Settlor o fideicomitente que es el creador del Trust, trustee, quien es el propietario administrador y el Cetus que trust el propietario beneficiario. Analizaré a continuación cada una de estas tres personas que intervienen en el Trust.

a) El Settlor crea el Trust por medio de un acto de voluntad que contiene la afectación de un patrimonio a un fin y una vez creado el trust dicho patrimonio debe ser distinto al del settlor, ya que si no es así se convertiría en un contrato de depósito o mandato, pero no sería un trust porque el trust lleva implícita la intención de separar los bienes. También los bienes del trust deben quedar separados de los bienes del trustee, porque si la intención del settlor fuere juntarlos con los bienes del trustee, habría una donación con gravámen, no un trust.

b) El trustee como propietario tiene el poder exclusivo de poseer, administrar y disponer de los bienes del trust

(8) Idem.

pero si en el ejercicio de sus funciones contrae deudas responde frente a terceros como deudor; sólo hasta el monto donde lleguen los bienes del trust y en caso de ser insuficientes porque ha incurrido en alguna infracción o error, responde personalmente con sus propios bienes y a veces hasta con su libertad; pero si por algún motivo el trustee llegare a renunciar al cargo, el trust no sería nulo, toda vez que el trust queda válidamente constituido, aún en caso de no haber designado ningún trustee.

c) El cestui que trust, es el beneficiario del trust el que goza del beneficio real de la disposición. Asimismo, el cestui que trust podía acudir al juez para impedir alguna acción del trustee o en su caso para pedirle cuentas sobre su administración de los bienes del trust. El trust no podía constituirse sin cestui capaz de reclamar al trustee el cumplimiento de los fines para los cuales fue creado.

Express Trust: Es aquel que se constituye por la voluntad expresa del settlor, lleva un propósito inter vivos o mortis causa.

**Clasificación
de los
trust**

Implied Trust:
Son aquellos que son creados por el derecho. Deben su existencia a los tribunales de equidad.

Instrumental: Es aquel donde el trustee debe seguir las instrucciones dadas.

Discrecional: Es aquel donde el trustee tiene poder de apreciación.

Público: Es aquel donde se afecta a un interés general. Como interés general se entiende un fin que es útil a la sociedad.

Privado: Es aquel que afecta un interés meramente privado, (trust para sus propios hijos o acreedores).

Resulting trust: Es cuando se ha pretendido realizar un trust expreso pero que por "X" razón nunca llegó a formalizarse.

Constructive trust: El propio tribunal los constituye y tiene por objeto evitar que una persona se apropie injustificadamente de bienes en perjuicio de terceros.

2. EL TRUST EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

El trust en los Estados Unidos de Norteamérica, fue introducido a principios del siglo XIX, el trust era ya conocido en la época de la Colonia, pero no fue utilizado tan frecuentemente como en Inglaterra.

La mejor creación del Derecho Norteamericano para el desarrollo del trust, fue el trust corporativo. Según Scott en su obra "The Law of Trust" señala: "que la primera noticia que existe en los Estados Unidos de Norteamérica sobre una autorización para actuar como trustee, es la que se otorgó a The Garmeres Fire Insurance en la ciudad de Nueva York en el año de 1822 y a partir de ese año se crearon corporaciones para administrar trust y su uso empezó a ser más frecuente" (9).

En los Estados Unidos de Norteamérica, el trust tiende a ser profesional, ya que se han creado "trust companies", de esta manera los bancos tienen facultad para actuar como trustees y actúan en el campo de los negocios y administración de los trust; además de que el trustee recibe una compensación por su trabajo realizado, situación que en Inglaterra nunca se dió.

"La legislación sobre los trust en los Estados Unidos de Norteamérica se originó en el proyecto de David Dudley para un Código de Derecho Sustantivo en el Estado de Nueva York" (10).

(9) Banco Mexicano Sonex, Ob. Cit. pág. 23

(10) Idem, pág. 24.

En Texas también existe una ley sobre trust, del año de 1943, a pesar de que casi no había sido modificada, se había adoptado una serie de principios por medio de la Conferencia Nacional de Comisionados para reformar las Leyes Estatales.

3. DESARROLLO DEL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACION MEXICANA

A partir del año de 1900, el fideicomiso se introdujo en México por lo que sus antecedentes se hacen notar a partir del presente siglo.

Al amparo de la Ley de Ferrocarriles de 1899 se permitió que el llamado trust deed, constituido y otorgado en el extranjero (E.U.N.A.) surtiera efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas, por lo que fue considerado como un contrato de préstamo, mandato e hipoteca.

Pero como ya dijimos anteriormente, fue hasta el presente siglo cuando por primera vez el "trust" se empleó expresamente en nuestro país mediante la consolidación y fusión de los ferrocarriles de México, por la emisión de bonos colocados en el extranjero, a través del fideicomiso celebrado el 29 de Febrero de 1908, por el gobierno y las empresas ferrocarrileras mexicanas con instituciones fiduciarias norteamericanas (11).

Este trust tuvo ciertos efectos en México en virtud, de que intervinieron personas morales mexicanas pero aún así, esto es considerado como un antecedente puramente doctrinario por no haber documento que acredite lo dicho, y simplemente

(11) Muñoz Luis, "El Fideicomiso", Ed. Distribuidora Cárdenas, México 1986, pág. 3

fue considerado como un trust otorgado en el extranjero y que surtía efectos en México. Pero como veremos más adelante no fue sino hasta el año de 1926 cuando el fideicomiso figura en la legislación mexicana.

A continuación citaré cronológicamente los antecedentes del fideicomiso en México, y aunque generalmente algunos autores (Juristas Mexicanos) como son Villagordoa Lozano y Rodolfo Batiza, han dado lugar primordial al proyecto de I. Limantour; en esta ocasión hago una excepción por las razones que más adelante apuntaré. En primer lugar cito el proyecto Vera Estañol.

A) PROYECTO DEL LICENCIADO JORGE VERA ESTAÑOL

Generalmente nuestros autores lo han citado como el último antecedente doctrinario del fideicomiso en México, pero en esta ocasión cito en primer lugar este antecedente en virtud de que el Lic. Jorge Vera Estañol, alrededor del año de 1905 elaboró un proyecto sin que se haya dado a conocer, sino hasta el año de 1926 con el nombre de "compañías Fideicomisarias y de ahorro". Este fue utilizado por el señor Lic. José I. Limantour, para enunciar su iniciativa al Congreso de la Unión de esa época, y del cual hago una breve reseña.

B) PROYECTO DEL LICENCIADO JOSE I. LIMANTOUR

El 21 de Noviembre de 1905, el señor José I. Limantour, Secretario de Hacienda de aquella época, envió al Congreso de la Unión una iniciativa en la que facultaba al Ejecutivo para expedir la ley por la cual podían constituirse en la República Mexicana instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de fideicomisarios (del cual era

autor el Lic. Jorge Vera Estañol (12).

En dicho proyecto se encomendaba al fideicomisario para interponer su mediación y así asegurar el cumplimiento futuro del fideicomiso; concluía consignando que se expidieran los principios fundamentales de dicha figura mencionada, conforme a los principios fundamentales de Derecho Público, pero al no ser aprobado sólo quedó como un antecedente puramente doctrinario.

C) PROYECTO DEL LICENCIADO ENRIQUE C. CREEL

El señor Creel presentó en la primera Convención Bancaria, celebrada en México en el año de 1924 un proyecto sobre compañías bancarias y ahorro, en el que proponía se autorizara al Ejecutivo para expedir una ley sobre la materia que detallara las bases constitutivas de operación de las compañías. Estas bases las facultaba para actuar como cajas de ahorro y al mismo tiempo para practicar toda clase de operaciones de depósito además aceptaba contratos de fideicomiso de toda clase de propiedades, hipotecas, bonos de compañías ferroviarias, etc.; pero tampoco tuvo trascendencia y sólo quedó como antecedente en la legislación mexicana.

Para completar el primer antecedente doctrinario (Proyecto Vera Estañol) de nuestra legislación mexicana, visto anteriormente, cabe mencionar que en el proyecto del señor Vera Estañol dado a conocer en el año de 1926 y denominado "Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro",

(12) "Se designó con esta denominación, en virtud de que el entonces Secretario de Hacienda, escribió la iniciativa que lo contenía. Pero en carta fechada el 9 de Octubre de 1941 que dirigió el Lic. Vera Estañol, al Sr. Lic. Alberto Vázquez del Mercado refiriéndose a su proyecto de 1926 y que afirmaba haberlo formulado ya hacia algunos años". Rodolfo Batiza, "El Fideicomiso", Ed. Porrúa 1980, pág. 8.

se imponía la forma escrita para la constitución del fideicomiso, así como su inscripción en el Registro Público de Hipotecas.

Pero también es importante señalar la influencia que tuvo en nuestro país el proyecto del jurista panameño Ricardo J. Alfaro, quien logró incorporar al Derecho Panameño una institución inspirada en el trust anglosajón, bajo el nombre de "fideicomiso", y no sólo para Panamá, sino para todos los países latinos.

El Dr. Alfaro escribió un proyecto de ley sobre instituciones de fideicomiso, trabajo que presentó a la tercera Conferencia Científica Panameña, celebrada en Lima en el año de 1924, recomendando su estudio y adopción a los países de América; "dicho proyecto se convirtió en ley en Panamá en el año de 1925" (13).

La adaptación del proyecto del Dr. Alfaro en nuestro país, fue parcial ya que sólo aceptó en algunos aspectos el trust anglosajón.

Rabasa en su obra "El Derecho Angloamericano" expone que: "la adaptación del trust en el fideicomiso mexicano, es más restringida que en el modelo del fideicomiso presentado por Ricardo J. Alfaro en su proyecto; sin embargo nuestra ley tuvo como fundamento el proyecto del señor Creel" (14).

Cabe mencionar que el Dr. Alfaro dió la definición de fideicomiso considerándolo como un contrato sui-generis y precisamente lo definió como "un mandato irrevocable en vir-

(13) Bojalil Julián, Ob. Cit. pág. 39

(14) Idem. pág. 40.

tud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciaria, para que disponga de ellos o de sus productos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario" (15).

D) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924

Esta ley describía en general las formas en que los bancos de fideicomiso servían a los intereses del público, pero carecían de un concepto de la institución que se le dejaba a una ley especial (Ley de Bancos de Fideicomisos de 1926).

E) LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926

En este ordenamiento se daba ya una estructura al fideicomiso en México, fue influido por las ideas de Alfaro y Creel.

Alfaro daba la definición de fideicomiso identificándolo como un "mandato irrevocable", como anteriormente ya lo hemos mencionado, concepto que adopta la ley en estudio.

En esta ley se autoriza a los Bancos de Fideicomiso para tener departamentos de ahorro y así satisfacer las necesidades sociales de la gente que acudía a éstos. Autorizaba también el establecimiento de departamentos bancarios para depósito y descuentos y no sólo eso, sino que también en su artículo tercero prohibía a los bancos establecidos en el

(15) Dominguez Martínez Jorge A. "El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico", Ed. Porrúa, México, 1982, pág. 146.

extranjero tener en la República agencias o sucursales abiertas, cuyo objeto fuera practicar operaciones de fideicomiso.

F) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926

En virtud de que la duración de la anterior ley fue relativamente corta, se aprobó la presente ley en estudio. Esta ley ofrecía una gran semejanza con los preceptos de la anterior, pues se reproducían algunos de sus artículos que fueron importantes para la institución de fideicomiso, entre ellos cabe mencionar su artículo 3º en el que reiteraba la prohibición de las instituciones de crédito extranjeras, de llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México.

Otro de sus artículos que más trascendencia jurídica tuvo en nuestra legislación, fue el disponer que el fideicomiso que se constituyera sobre bienes inmuebles, debería ser inscrito en la sección de propiedad del Registro Público, y sólo produciría efectos contra terceros, desde la fecha de inscripción, pero para dicha inscripción debería presentar el documento en que conste la aceptación del Banco como fiduciario.

G) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932

La presente ley concebía al fideicomiso con una afectación patrimonial, que tiene por objeto realizar un fin lícito y cuyo logro se confisca a las gestiones de un fiduciario.

Asimismo, sólo autorizaba la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución sujeta a vigilancia del Estado y mantenía las prohibiciones contundentes, para que el fideicomiso no diera lugar a sustituciones indebidas y a la constitución de patrimonios alejados del

comercio jurídico normal.

H) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (1932) se publica en el Diario Oficial el 27 de Agosto de 1932 y entra en vigor el 15 de Septiembre del mismo año (vigente en la actualidad). Regula el fideicomiso como una institución sustantiva, es decir, que el fideicomiso es considerado como una figura jurídica en la que se requiere de un procedimiento especial para poder llevarse a cabo; de la misma manera conserva el principio de admitir al fideicomiso únicamente expreso y atribuye a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarios, como veremos más adelante. También establece las reglas para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso han tratado de eludir la legislación mexicana. De esta manera define al fideicomiso, disponiendo lo siguiente: "En virtud de fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización a una institución fiduciaria" (Artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

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

Dicha Ley abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932; asimismo complementaba a la L.G.T.C.C., que tiene por objeto la estructuración del fideicomiso. Y la L.G.I.C.O.A., tenía como fin la organización de las Instituciones Fiduciarias que habrían de desempeñar el fideicomiso.

J) DECRETOS DE FECHA 1o. y 6 DE SEPTIEMBRE DE 1982.

DECRETO DE FECHA 1o. DE SEPTIEMBRE 1982, por el cual se expropia la Banca Privada y automáticamente esto da origen a un nuevo régimen jurídico del sistema Bancario Mexicano.

Para entender cabalmente este fenómeno recurramos a su definición:

Expropiación.- Limitación del derecho de propiedad en virtud de la cual el dueño de un bien mueble ó inmueble queda privado del mismo, mediante ó previa indemnización en beneficio de interés público. (16) Asimismo "El Gobierno Federal podrá expropiar las cosas que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra cultura nacional de acuerdo con la Ley especial correspondiente". (Art. 833 del C. C. V.).-

Esto significa que la organización de las Instituciones fiduciarias únicamente correspondería al Estado, en los

(16) De Fina, Rafael "Diccionario de Derecho" Ed. Porrúa México, 1979. P. 256.

términos a que hace mención el mismo decreto y el párrafo quinto del 28 constitucional. (17)

DECRETO DE FECHA 6 DE SEPTIEMBRE DE 1982.- Establece que las Instituciones de Crédito que fuerón expropiadas por decreto del 1º de septiembre del mismo año, habrían de operar con carácter de Instituciones Nacionales de Crédito, provocando así una transformación jurídica de su estructura con motivo de la expropiación y al efecto habrían de constituirse como Organismos Públicos Descentralizados.

F) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO. DE 1982.

Esta ley fue publicada en el D.O. en Diciembre de 1982, y entra en vigor el 1º de Enero de 1983.

Una vez que ha cambiado la naturaleza de las Instituciones de crédito, es necesario también contar con una legislación adecuada, que propicie el desenvolvimiento del nuevo sistema financiero, por tal motivo se promulga la mencionada ley.

(17) Decreto del 1º de Septiembre de 1982.- Art. 5.: no son objeto de expropiación el dinero y los valores propiedad del usuario del servicio público de Banco y Crédito ó cajas de seguridad, ni los fondos y fideicomisos administrados por los bancos, ni en general bienes, muebles ó inmuebles que no esten bajo la propiedad o dominio de las instituciones a que se refiere el artículo primero ni tampoco son objeto de expropiación las Instituciones Nacionales de Crédito, las organizaciones auxiliares de Crédito, ni la Banca Mixta, ni el Banco Obrero, ni el City Bank, ni tampoco las oficinas de representación de entidades financieras del exterior, ni las sucursales de Bancos Extranjeros de primer orden.

Art. 28 Constitucional.- En los Estados Unidos Mexicanos, quedan prohibidos los monopolios, las practicas monopolicas, los estancos y las exenciones de impuestos, en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del párrafo de este artículo la prestación del Servicio Público de Banca y Crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado através de Instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquellas en apoyo a las políticas de desarrollo nacional. El Servicio Público no será objeto de concesiones a particulares.

Tanto la presente Ley como los decretos antes mencionados, marcan un cambio en la Legislación Mexicana, en cuanto a la actividad bancaria es considerada como un servicio público reservado al Estado y que unicamente puede operarse por las sociedades que establezca el gobierno.

Se entiende por servicio público; "una actividad encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas ó fundamentales mediante prestaciones individualizadas sujetos a un régimen de Derecho Público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación é igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado ó por particulares mediante concesión". (18) Pero en el caso del servicio público

(18) Miguel Acosta Romero cita en su obra "Derecho Bancario", editorial Porrúa, México 1986, a la ley Orgánica del D.D.F. Artículo 23, publicada en el Diario Oficial del 29 de Diciembre de 1987, pág. 110.

bancario, como anteriormente ya lo mencionamos y tal como lo estipula el artículo 28 constitucional en su párrafo V, este servicio únicamente podrá ser prestado por el Estado.

Como era de esperarse la Ley en estudio resultó deficiente para la regulación de las operaciones de Crédito, además de que no incorporaba a la Banca Nacional en el régimen general, por lo que las Instituciones Nacionales de Crédito se encontraban un tanto confundidas en su organización.

Para resolver las deficiencias que ésta Ley presentaba, se deroga y entra en vigor la L.R.S.P.B.C. de 1985.

L) LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1985

Se publicó en el Diario Oficial del 14 de Enero de 1985 y entra en vigor el día siguiente de su publicación.

La presente ley ha establecido las bases jurídico administrativas que permitan al Estado iniciar la adecuación de la estructura, organización y funcionamiento de las instituciones nacionales de crédito.

Establece como objetivos de carácter general, "fomentar el ahorro nacional; facilitar al público el acceso a los beneficios del servicio público de banca y crédito; la canalización eficiente de los recursos financieros; la participación de la Banca Mexicana en los mercados financieros internacionales; el desarrollo equilibrado del sistema bancario; la sana competencia entre las instituciones de banca múltiple; así como la promoción y financiamiento de las actividades y sec-

tores que corresponden a la banca de desarrollo" (19).

Para cumplir con el objetivo que presenta la ley, se determina que sólo las Sociedades Nacionales de Crédito podrán dedicarse a la captación de recursos del público en el mercado nacional. Asimismo, las instituciones de crédito tendrán distinción por su función particular, ya que existirían Instituciones de Banca Múltiple e Instituciones de Banca de Desarrollo (20). Esto fue publicado por decreto en el Diario Oficial del día 12 de Julio de 1985.

La ley en estudio considera a la figura jurídica llamada fideicomiso como una institución pública al servicio del Estado y de los particulares que lo requieran, pues no se puede decir que es una persona moral, en virtud de que el Artículo 25 del Código Civil vigente en el Distrito Federal no la reconoce como tal, en sus enumerados casos; asimismo, nos dá la pauta en su inciso XV y XX, para que las Sociedades Nacionales de Crédito lleven a cabo contratos de fideicomiso en los que únicamente podrán tener el carácter de fiduciarios y albaceas, con todos los derechos y prerrogativas que la misma ley les señala.

(19) Exposición de Motivos de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985.

(20) Idem.

II. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

1. CONCEPTO LEGAL DEL FIDEICOMISO

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 (vigente actualmente), establece 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".

En las pocas cuestiones en que parece que los autores han estado de acuerdo, es que el fideicomiso está regulado en la ley mexicana con excesiva vaguedad, pero en el análisis del citado precepto, se puede apreciar que es el fideicomitente quien destina los bienes o derechos a un fin lícito determinado mismo que deberá señalar el objeto del fideicomiso en forma explícita y además, que el mismo sea conocido de tal manera que sea posible juzgar sobre la licitud o ilicitud de dicho fin.

Con el análisis del precepto podemos darnos cuenta que el legislador aceptaba y quiso que se aceptara al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin.

Al respecto, Rodolfo Batiza (21) nos dice que es

(21) Rodolfo Batiza "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria".
Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1977, pág. 30 y sig.

una versión algo modificada de la que había anunciado la Exposición de Motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito, al decir: "Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin"; concepto que aparece con más claridad, _____ continúa expresando dicho autor _____, en el Artículo 351, párrafo segundo de la expresada Ley, al señalar: "Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran..." Para reafirmar lo anterior y prosiguiendo con ese mismo orden de ideas, cabe hacer mención que el Artículo 349 establece que: "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de los bienes que el fideicomiso implica..." Como podemos darnos cuenta, ambos preceptos hablan de afectación patrimonial.

También dicho autor se refiere al hecho de que la ley actual utilice el vocablo destinar, mismo que sustituye al de entregar, que fue más usado en las leyes de 1926, las cuales conceptuaban al fideicomiso como mandato irrevocable, tomando a su vez del proyecto de Alfaro. Plantea de inmediato el problema de si hay o no una transmisión de bienes en el fideicomiso.

Continúa expresando el autor, que el jurista Alfaro, había explicado claramente que el encargo conferido al fiduciario, produce otro efecto sin el cual no podría ser ejecutado o sea el de transmitirle los bienes, objeto del fideicomiso. Los romanos lograban esto, aclaraba, mediante la institución de heredero y los sajones lo consiguen haciendo al trustee propietario titular, mientras consideran al fideicomisario como propietario real. Por lo que respecta a la transmisión de bienes dice Batiza, que prosigue diciendo este autor: "si

estos no pasan de una persona a otra y permanecen en poder de su dueño, no hay acto de confianza del fideicomitente para con el fiduciario, ni puede cumplir el propósito del fideicomiso...."

Asimismo, el autor en estudio también hace referencia a la idea aportada por Lepaulle en su obra "La Naturaleza del Trust", misma en la que estima que el sujeto de derecho encargado de realizar la afectación es titular de todos los derechos que le serán útiles para cumplir su obligación, ya que señala en el trust un propietario, el settlor transmite determinados bienes total o parcialmente a un tercero llamado trustee único designado como propietario de los bienes y a quien se inscribe como tal cuando se requiere registro. No obstante lo anterior, Batiza considera que pese a que la idea de afectación incorporada en los Artículos 346 y 351 de la ley de referencia que proviene de Lepaulle, no se reconoce en esos preceptos lo que este autor admitía en forma explícita.

Batiza concluye al respecto, que la deficiencia técnica en el concepto de fideicomiso señalado por la ley, es resultado de la mutilación que se hizo de mecanismo esencia de la institución, al privársele de su efecto traslativo de dominio.

Así también, la mayoría de los tratadistas que han estudiado la figura Jurídica del fideicomiso, coinciden en afirmar que se ha querido ver el efecto traslativo de dominio, en la segunda parte del Artículo 352 de la ley en cuestión, el cual señala que: "La Constitución del Fideicomiso debería 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. Al respecto continúa manifestando Batiza _____ que la recta interpretación lo restringe a una cuestión sólo de forma,

es decir, si la constitución de un fideicomiso debe otorgarse en instrumento privado o en escritura pública, según la cuantía de los bienes que se den (no que se transmitan), en fideicomiso.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que en el primer amparo que resolvió en 1937, en materia de fideicomiso que aún cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, el fiduciario sólo tiene funciones de mero administrador". (22) Pero que sin embargo, continúa expresando el autor que _____, a partir de 1948 la Suprema Corte ha admitido en una serie de ejecutorias, que ya constituyen jurisprudencia (23) el efecto traslativo de dominio del fideicomiso, restituyendo así al concepto legal el elemento esencial del que fue privado.

El efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, empero no puede ni debe asimilarse a la transmisión normal del derecho de propiedad la que se efectúa por ejemplo,

(22) En el amparo administrativo en revisión No. 210 de 1937, sección 2a. Cia. limitada del Ferrocarril Mexicano, Semanario Judicial de la Federación. T. LIII, Vol. 3º, Pp. 2317 - 2325.

(23) Mexicana de Fideicomisos, S.A., amparo civil en revisión No. 4298 de 1949, Sem. Jud. de la Fed., T. CIII, Vol. 2, págs. 1768-1773; Financiera de Construcciones, S.A., amparo civil en revisión 4572 de 1948 Sem. Jud. de la Fed. T. CV, Vol. 3, págs. 2047-2057, Acosta Sierra Francisco, amparo civil directo No. 6160 de 1954, fallado el 27 de Abril de 1955, pendiente de publicación; Dévora Mojarro, José Refugio, amparo civil directo NO. 171 de 1965, Sem. Jud. de la Fed., T. CXXVI, cuarta parte, pág. 71, Presidente Sa. época, T. CXVII, pág. 1083, Galindo Garza Jesús, amparo civil directo No. 1355 de 1967, Sem. Jud. de la Fed., T. CXXXV, cuarta parte, pág. 77.

mediante figuras jurídicas como la compra venta, la permuta, o la donación. En el fideicomiso, por principio la transmisión se hace para el solo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda; por eso decía Alfaro que el fiduciario no es dueño absoluto, tiene sobre los bienes una "propiedad fiduciaria", es decir, que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso. Por su parte, Lepaulle expresaba que el trustee es un "singular" propietario ya que no puede obtener ninguna ventaja personal de los bienes que se han transmitido, debiendo cumplir con ellos una misión, y la Suprema Corte afirmó que el fiduciario adquiere un "dominio restringido". (24)

Es inevitable concluir que al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal, no sólo se reglamentó una institución jurídica nueva, sino que se importó junto con ella, pese a la renuencia mostrada por el legislador, un desmembramiento del derecho de propiedad desconocido hasta entonces, un nuevo derecho real (y de crédito) con caracteres propios, según se trate del derecho del fiduciario o fideicomisario. Estos derechos corresponden imperfectamente a la doble propiedad en el trust (legal y de equidad), en que se inspiraron Alfaro y Lepaulle, los dos autores a quienes se recurrió para estructurar legalmente al fideicomiso en México (25).

(24) Rodolfo Batiza, "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria".
pág. 33

(25) Idem Pág. 34.

Por otra parte, al establecer el numeral en cuestión "...El fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado..." Podemos afirmar que uno de los aciertos del legislador de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, fue dar a los fines del fideicomiso una amplitud casi ilimitada al aplicarle tan sólo dos características, las cuales son plenamente justificadas e impusieron al fin de fideicomiso y estos son:

- a) Licitud
- b) Determinación

Por lo cual, de acuerdo con esta amplia visión, cualquier actividad o conjunto determinado de actividades puede encuadrar en el fin del fideicomiso. Nada de lo que es humano le es ajeno al fideicomiso, excepto la ilicitud, de tal manera que este amplio campo de acción que tiene el fideicomiso, es lo que le da a la figura jurídica tan extraordinaria gama de opciones prácticas de aplicación.

Ahora bien, el Artículo 346 de la ley en cita, dispone que: "...encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria..." Por esta razón es conveniente hacer mención que la ejecución del fideicomiso es una actividad que sólo puede realizar una institución de crédito, como lo establece el Artículo 350 de la L.G.T.O.C., el que textualmente preceptua: "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito". Siguiendo la idea del numeral en cita, es de aclarar que anteriormente al año de 1982 las instituciones de crédito disfrutaban de una concesión del Gobierno Federal para poder efectuar operaciones fiduciarias. Actualmente estas instituciones de crédito deben estar constituidas con el carácter de Sociedades Nacionales de Crédito,

para poder desempeñar dicha actividad fiduciaria.

Nuestro sistema jurídico bancario se encuentra actualmente regulado por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, misma que abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 y al respecto su Artículo 26 expresa: "El servicio público de Banca y Crédito será prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de Sociedad Nacional de Crédito". Así mismo, el Artículo 30 de la referida ley dispone que: "las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: Fracc. XV -Practicar las Operaciones de Fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

Como podemos darnos cuenta, por los comentarios expuestos, la actividad fiduciaria está encomendada y reservada exclusivamente a las Instituciones Nacionales de Crédito, por lo cual, sólo estas serán las encargadas de realizar el fin del fideicomiso.

2. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

Al tratar de definir al fideicomiso, se ha desatado gran polémica por las diversas teorías que han planteado algunos autores, pero sin embargo, únicamente haremos referencia a aquellas teorías que han sobresalido por su influencia, no sólo en la doctrina sino también en la legislación misma.

Estas teorías muestran la evolución de nuestro pensamiento jurídico, sobre esta institución tan controvertida; así mismo nos confirman la trascendencia que tienen las doctrinas y prácticas jurídicas frente al legislador, quien no puede ignorar su desenvolvimiento.

Al respecto el autor Rodrigo Vázquez Arminio (26) expresa que: "Ante la institución anglosajona del trust, la doctrina latinoamericana iniciada por el Dr. Ricardo J. Alfaro y aceptada en nuestras leyes de 1924 y 1926 resolvió que el fideicomiso se asimilaba a un mandato de carácter - irrevocable.

Posteriormente cuando la doctrina siguió el pensamiento de Pierre Lepaulle, llegó a la conclusión de que se trataba de un patrimonio de afectación. Esta teoría trascendió a nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, _____ continúa expresando el autor _____. Surge después la teoría de Remo Franceschelli, quien concluye su estudio del trust asimilado al sistema jurídico de ascendencia Romana, como un desdoblamiento de la propiedad. En nuestro medio jurídico admite y desarrolla esta teoría, ya no enfocada al trust, sino a nuestro fideicomiso. _____ Manuel Lizardi Albarrán en su obra "Ensayo sobre la naturaleza Jurídica del Fideicomiso" traduce a nuestro sistema jurídico el doble régimen anglosajón de la Equity y del Common Law, como la propiedad legal de que es titular el fiduciario y como el beneficio económico de la transmisión de dicha propiedad cuyo titular es el fideicomisario.

por último y como un resultado del desarrollo del fideicomiso en nuestra práctica bancaria, se llega a su completa asimilación, dentro de nuestro pensamiento jurídico. Se

(26) Rodrigo Vázquez Arminio. "Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano y sus principales aplicaciones prácticas" librería de Manuel Porrúa, S.A., Conferencia pronunciada el 6 de Julio de 1964, en el salón de actos del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, pág. 11 y sig.

estudia ya como operación propia desvinculada totalmente de sus antecedentes, al afirmarse que en el fideicomiso se transmiten al fiduciario los bienes y derechos que constituyen el patrimonio de la operación, para que a través del ejercicio de tales derechos se cumplan los fines que el fideicomitente señala expresamente.

Esta teoría es admitida en nuestra Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

Con relación a lo anterior, expondré las diversas teorías, en torno al estudio del presente tema siguiendo el orden de ideas expuestas por el autor Rodrigo Vázquez Arminio.

A) TEORIA DEL MANDATO

Sostenida por el jurista panameño Ricardo J. Alfaro (27) quien introdujo por primera vez el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos mediante el fideicomiso, que por él fue considerado como un mandato irrevocable. Ciertamente, según el autor, "lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia, el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en sustancia un mandato en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante".

(27) Alfaro Ricardo J., Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil, Cursos Monográficos, Vol. I, Academia Internacional; La Habana, Cuba, 1948, págs. 41 y sig., obra citada por Vázquez Arminio, Ob. Cit. pág. 13.

No obstante lo anterior, el autor reconoce que el concepto simple y llano de mandato no es suficiente para aplicársele al fideicomiso, pues en primer lugar aquel es revocable y éste lo contrario, y en segundo lugar el fideicomiso da lugar a una transmisión de bienes que no se presenta en el mandato.

En este orden de ideas _____ Alfaro (28) continúa manifestando _____ que el fideicomiso es un contrato sui generis, cuya esencia es el de un mandato. Lo define precisamente como "Un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada FIDUCIARIO, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado FIDEICOMITENTE, a beneficio de un tercero llamado FIDEICOMISARIO".

México adoptó su teoría en la Ley de Bancos de Fideicomisos de 1926 y posteriormente en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del mismo año.

Para sostener esta posición dentro de la teoría de estudio Vázquez Arminio (29) manifiesta "se han dado muchas definiciones tanto del fideicomiso romano como del trust inglés, pero si se les compara cuidadosamente se echará de ver que todas coinciden en un elemento esencial: que tanto el fiduciario como el trustee inglés, es siempre una persona que ejecuta un encargo o comisión que le ha sido dado por otras personas para beneficio de un tercero".

(28) IDEM.

(29) Ob. Cit. pág. 12 y sig.

Al respecto Alfaro expresa: "En el antiguo fideicomiso romano se habilitaba al fiduciario para desempeñar su encargo instituyéndolo heredero. En el trust angloamericano se habilitaba al trustee invistiéndolo con el artículo legal sobre los bienes. De consiguiente, si tanto en el fideicomiso como en el trust, lo que hacen el fiduciario y el trustee es ejecutar un encargo por cuenta del testador o constituyente, y si en el Derecho Civil el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay duda de que el mandato es la institución de Derecho Civil que tiene más estrecha semejanza al trust puede ser y ha sido asimilado a un mandato en que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario".

No obstante lo anterior, el autor en cita señala: "Pero ¿es el concepto de mandato suficiente por sí sólo para caracterizar el trust? Evidentemente que no, porque si así fuera, los fines del trust podrían cumplirse por medio del mandato y ello no es así, las razones son obvias".

"El mandato se extingue por la muerte del mandante y puede ser revocada por él en cualquier tiempo. Esto basta para evidenciar que el mandato ordinario de los códigos civiles sería del todo ineficaz para afrontar las situaciones que se arreglan por medio del trust. Es de la esencia del trust el ser irrevocable como lo son las donaciones intervivos. Ciertamente que el derecho común reconoce la existencia o posibilidad de trust revocables, pero para la mentalidad latina estos casos no son sino la excepción que confirma la regla".

"Ahora bien, si por una parte se hallaba que el mandato era la institución más análoga al trust, pero por la otra se observaba que el mandato resultaba ineficaz para los fines del trust por el hecho de ser revocable ¿qué figura surgía

ante la mente como la más apropiada para presentar ante la mentalidad latina la institución extraña del trust? Pues la figura antitética y contradictoria de un mandato irrevocable de una comisión o encargo que el mandante no pudiera deshacer y mediante el cual se desprendiera definitivamente del dominio de las cosas, objeto del encargo. Sólo así se podría crear un patrimonio independiente cuyo dominio adquiriría el fiduciario en forma definitiva y no precaria y con la obligación de cumplir con las disposiciones del trust".

Así es como Alfaro nos expone su teoría en su aspecto original. Posteriormente al ser severamente criticada, el autor realizó su reajuste en el que insiste en los mismos lineamientos postulados.

En torno a este reajuste, Jorge Alfredo Domínguez Martínez (30), expresa que el autor en estudio "ratifica la eficacia solo parcial del mandato para definir al fideicomiso. Para justificar su actitud de haberlo caracterizado como mandato irrevocable da respuesta a las réplicas, en el sentido de que si bien, esta fórmula aisladamente considerada puede ser blanco de críticas, cualquier debilidad que tuviere se fortalece con la frase "en virtud del cual se transmiten ciertos bienes".

Continúa señalando el citado autor, que Alfaro critica a su vez haber calificado al fideicomiso como una afectación según actitud de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en virtud de que "en primer lugar el término afectación

(30) Jorge A. Domínguez Martínez; El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico, tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1982, pág. 147.

no es ni lenguaje técnico de la jurisprudencia civil, ni es buen castellano en el sentido en que se usa.

En el lenguaje corriente, afectación es la acción y efecto de afectar y este verbo, según la academia y según Es-criche , significa empeñar, hipotecar una cosa mueble o inmueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación. Ahora bien, si afectación es la acción y efecto de afectar, ya afectar es gravar; afectación viene a ser propiamente sinónimo de gravamen. Por consiguiente, cuando se expresa que el fideicomiso es una afectación patrimonial a un fin, lo que se está diciendo es que el fideicomiso consiste en el gravamen de un patrimonio para un fin. Todo lo cual es inexacto para Alfaro, pues el fideicomiso no es un gravamen, sino una transmisión de bienes.

Sigue diciendo el tratadista en cita que, Alfaro propone de nueva cuenta la definición que de fideicomiso surgió originalmente, señalando los elementos siguientes en su constitución:

- a) La transmisión del patrimonio
- b) La destinación que se da al patrimonio
- c) El encargo que debe ejecutar

"Queda así mismo, expresada la función y nomenclatura de cada una de las tres personas que intervienen en el acto jurídico, a saber:

1º El que hace la transmisión del patrimonio.

2º El que recibe el encargo de dar cumplimiento a la destinación.

3º El que va a gozar el beneficio

Alfaro considera más adelante que "aclarada así la definición, ella nos lleva como de la mano a la consecuencia inevitable ... de que la esencia de fideicomiso esta en la transmisión del patrimonio, porque esa transmisión es la que normalmente enjendra el derecho de dominio del fiduciario". (31)

La teoría en estudio en mi concepto, creo que es la menos acertada para tratar de definir al fideicomiso, por las siguientes razones:

Primera.- Ya como lo anota Molina Pasquel (32) "en el mandato no hay afectación de bienes ni de derechos, porque jamás se transmiten al mandatario, es decir el mandante siempre es dueño de los bienes que tiene el mandatario".

Sin embargo en el fideicomiso se forma un patrimonio distinto al del fideicomitente, que sólo puede administrar

(31) Ricardo J. Alfaro, El Fideicomiso, Estudio sobre la necesidad y consecuencia de introducir en la Legislación de los pueblos latinos, una institución nueva, semejante al trust del Derecho Inglés. Panamá 1920, obra citada por Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Ob. Cit., pág. 147 y sig.

(32) Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano, en Revista Jus, T. IX, No. 50, México Septiembre de 1942, pág. 9; Ob. Cit., por Jorge Alfredo Domínguez Martínez, pág. 146.

una institución fiduciaria, motivo por el cual los bienes fideicomitidos quedan sujetos a un régimen jurídico diferente al del mandato.

Segunda.- En el contrato de mandato, el mandante puede realizar actividades encomendadas al mandatario, no obstante que éste haya aceptado o no la encomienda.

En el fideicomiso no se da esta situación, pues el fideicomitente pierde el derecho a ejecutar los actos con los que se pretenda lograr los fines señalados por el mismo.

Por las razones expuestas, nos podemos dar cuenta que efectivamente el fideicomiso es diferente al mandato y es por eso que ambas figuras no se pueden comparar, pues difieren una de la otra.

b) LA TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECTACION

Antes de analizar esta teoría, debemos de tener en cuenta el concepto de patrimonio, para que de esta manera sea más factible entender la presente; por consiguiente tenemos que "patrimonio es un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria que constituye una universalidad de derecho". (33)

En relación a la presente, Rodrigo Vázquez Arminio(34)

(33) Rojina Villegas R.; Derecho Civil Mexicano T. III, Editorial Porrúa México 1985, pág. 67

(34) Rodrigo Vázquez Arminio, Ob. Cit. pág. 15.

cita al autor Francisco Ferrara, quien expone la teoría de Brinz. Este último autor parte de la división de los patrimonios en dos categorías: patrimonios de personas y patrimonios impersonales, llamados también, afectos a un fin o patrimonio de destino. Los primeros son aquellos que pertenecen a un sujeto de derecho. Los segundos carecen de dueño, pero se encuentran adscritos al logro de una finalidad determinada y gozando de garantías jurídicas especiales; estos últimos patrimonios tienen derechos pero no son de alguien, sino de algo, es decir del patrimonio mismo. (35)

En torno a lo anterior, Villagordoá Lozano expresa: "que Baker autor alemán, acepta la teoría de Brinz pero introduce los términos de patrimonio dependiente y patrimonio independiente. La primera denominación se refiere a los patrimonios destinados a un fin concreto, que pertenecen a una persona y forma parte de su patrimonio general, sin perder su autonomía, corresponde la segunda a los patrimonios de destino que carecen de sujeto". (36)

A decir de Jorge A. Domínguez Martínez, respecto de esta teoría dice que: "Como lo afirman Molina Pasquel, Batiza, Serrano Trasviña, Villagordoá Lozano y Vázquez Arminio; la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito está inspirada en teoría de fideicomiso en las ideas sustentadas por Lapaulle respecto el trust como patrimonio de afectación, además tales ideas tienen un prosélito en la doctrina nacional representada por Landerreche Obregón. (37)

(35) Ferrara Francisco. Teoría de las personas jurídicas, Editorial Reus, Madrid 1929, pág. 12, obra citada por Rodríguez Vázquez Arminio, Ob., Cit. pág. 15.

(36) IDEM P. 145.

(37) Jorge A. Domínguez Martínez; Ob. Cit. pág. 151.

Como consecuencia de lo anterior, el autor en cita se refiere a los puntos de vista, tanto del autor francés como del mexicano, aunque dice este autor en cita que no obstante que los del primero sean en torno al trust y no al fideicomiso pero que al apostre las opiniones expresadas por dicho tratadista fueron determinantes para el legislador de 1932, al elaborar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Al respecto Pierre Lepaulle (38), uno de los principales repercusores de la teoría en estudio, para determinar la naturaleza del trust, principia analizando las dos teorías prevalencientes en su época; la primera de ellas se refiere al derecho personal del cestui que trust, señala que la esencia del trust es un derecho personal del cestui que trust, respecto al trustee, un vínculo obligatorio que liga a ambos.

A lo anterior, el autor en cita, hace una observación de la que deduce que era definitivamente inexacta, pues "para que esta teoría pudiese tener verosimilitud, sería por lo menos necesario completarla, diciendo que el cestui que trust es un acreedor protegido a la vez por una garantía real" esto quiere decir que el cestui que trust es esencialmente un acreedor del trustee. Este último es el único propietario, obra en relación con terceros, adquiere derechos y está sujeto a obligaciones, administra los bienes; en último análisis lo que el beneficiario tiene es un crédito contra el trustee, cuyo objetivo y modalidades quedan determinados por el acto constitutivo del trustee.

(38) Pierre Lepaulle, La Naturaleza del Trust Ob. Cit. pág. 17 y sig.

El autor ____ continúa diciendo ____ "un Trust puede no estar constituido en favor de sujetos de derecho, queda definitivamente establecido, aún cuando el settlor haya omitido designar un trustee" ____ prosigue indicando ____ "no puede decirse que el trustee solo exista en relación con los terceros, puesto que por una parte, la res no es prenda de sus acreedores y no forma parte de su patrimonio y por otra, un trust queda validamente constituido aún en caso de no haberse designado ningún trustee". Concluye el autor diciendo que esta teoría es superficial y falsa, toda vez que el cestui que trust, con frecuencia tiene derecho a deducir acciones - - en su propio nombre para conservar la cosa.

La segunda teoría la explica de la siguiente manera:

"El trust es una división del derecho de propiedad entre el cestui y el trustee, es la creación en el beneficiario, de un derecho real principal de un verdadero derecho de propiedad en sentido restringido, puesto que no abarca el derecho de administrar, pero favorecido en otro sentido, ya que da a su titular todas las ventajas de la propiedad, sin imponerle ni las cargas ni las responsabilidades".

A esta teoría también la califica como inadmisibles, ya que expresa: "¿cómo podría el derecho del cestui ser en esencia un derecho real cuando la res puede ser un derecho personal? ¡Derecho real sobre derecho personal! ¡Que logoma-- quia!"

Concluye afirmando que "para que haya una división del derecho de propiedad, necesariamente se requieren dos sujetos de derecho", ____ "Pues no es posible definir la esencia de una institución como una serie de relaciones entre personas, cuando ninguna de ellas es esencial para que exista. En efecto, ____ señala, ____ el settlor jamás existe en el

constructive trust; el trustee puede no haber sido designado sin que tal omisión perjudique ni la existencia ni la validez del trust. En cuanto al beneficiario no existe en numerosísimos trust.

Así también señala como elementos esenciales para la formación y vida del trust los siguientes: un patrimonio determinado y una afectación, por lo cual expresa: "si la necesidad de un patrimonio y de una afectación son las condiciones esenciales para la creación y la vida del trust, no podemos escapar a esta conclusión: el trust es un patrimonio afectado".

Lepaulie finaliza su exposición definiendo al trust "como una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre en los límites de las leyes en vigor y del orden del público".

A dicha definición hace la siguiente crítica:

"¿cómo es posible desasociar las nociones de personalidad y de patrimonio, puesto que tradicionalmente se define el patrimonio en función de la personalidad?" A este argumento, ___ señala ___, puede darse tres respuestas, que son:

"a) Es inexacto que el derecho anglosajón haya definido el patrimonio de este modo, ni siquiera ha pensado jamás en unir estas nociones.

b) La disociación es actualmente un hecho casi consumado en la doctrina francesa que abandona cada vez más la teoría tradicional.

c) El derecho positivo contiene gran número de instituciones que son patrimonios sin ser personas morales, fundaciones, fiducia, bienes del ausente después de haberse dado la suposición, sucesiones vacantes o aceptadas a beneficio de inventario, masa de una quiebra, sociedad de hecho, etc".

En términos similares a los expuestos por Lepaulle, son los que expresa Juan Landereche Obregón (39), cuando se refiere concretamente al fideicomiso mexicano, y en relación a la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso señala que: "la transferencia de dominio que hace el fideicomitente no es a favor de una persona determinada, sino como afectación para el fin que constituye el objeto del fideicomiso. Esta afectación, sigue señalando _____, se realiza por una especie de desmembración de la propiedad semejante a la del usufructo y la nuda propiedad.

"En el fideicomiso hay una separación del derecho de aprovechamiento de los bienes por una parte, aprovechamiento que se destina al fin del fideicomiso sin que haya una persona titular de dicho derecho y, por otra parte, la facultad de ejercitar los derechos y obligaciones referentes a los mismos bienes, facultad que se atribuye al fiduciario para que pueda realizar el fin del fideicomiso".

Así mismo, señala que "Los efectos de la afectación fiduciaria son el constituir un patrimonio especial, el patrimonio del fideicomiso que se integran con los bienes afectados.

(39) Juan Landereche Obregón, Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano, México, 1942, págs. 13.

"Respecto a estos bienes no se pueden ejercitar, sino los derechos y acciones que al fin del fideicomiso se refieran salvo a los adquiridos con anterioridad a la constitución de éste por el fideicomisario o por terceros. (Artículos 351, párrafo segundo de la L.G.T.O.C. y 45, fracción III, L.I.C.)"

A la presente se le han hecho diversas críticas, así por ejemplo Rodrigo Vázquez Arminio (40) dice que: "Rechazamos la teoría del patrimonio sin titular porque no podemos admitir la existencia de derechos sin titular". Como dice García Maynez, en su obra Introducción al Estudio del Derecho: "Todo derecho es, a fortiori, facultad jurídica de alguien así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción del deber encuéntrese ligada inseparablemente al concepto de persona entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de substancia y atributo". (41)

Por otra parte, "La distinción establecida por Brinz entre patrimonios de personas y patrimonio de afectación o destinados a un fin, _____ continúa García Maynez - , es enteramente artificial y no constituye una verdadera posición. En primer lugar debemos advertir que los patrimonios personales son también destinados a la consecuencia de múltiples finalidades, lo mismo que los llamados de destino.

(40) Rodrigo Vázquez Arminio, Ob. Cit. pág. 16 y 17.

(41) Eduardo García Maynez, Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1979, pág. 283.

En todo caso, lo correcto sería dividirlo en patrimonios adscritos a un fin especial y patrimonio que no tienen una finalidad determinada. En segundo término, hay que tener presente que las circunstancias de que ciertos patrimonios se encuentran destinados a fines específicos, no significa que sean sujetos de derecho. La historia revela la existencia de numerosas instituciones de índole jurídica en la que el patrimonio personal se encuentra destinado a un cierto fin dentro del patrimonio general de una persona. Es decir, se trata de patrimonios que tienen autonomía y forman parte del patrimonio general del sujeto; son patrimonios de afectación y sin embargo, no podemos considerarlos como sujetos jurídicos".

El autor en cita, tampoco está de acuerdo con Lepaullé, cuando esto afirma que, "el trustee, o fiduciario en nuestro derecho, es un simple medio para lograr la afectación de los bienes que se realiza en el trust o fideicomiso. Por el contrario, es titular de esos derechos para poder obtener la constitución de los fines propios de esta operación".

Por último se sigue diciendo a este respecto que: "El derecho de propiedad no se debe entender como contradictorio del concepto de afectación de bienes; debe considerarse como un derecho que, en múltiples casos, se transmite al trustee, o fiduciario, para lograr la realización de las finalidades propuestas en el trust o fideicomiso".

Jorge Domínguez Martínez, citando a Araujo Valdivia, agrega a esta crítica los siguientes: "Sostener la existencia de patrimonios sin titular sería admitir el absurdo de que algo distinto a las personas realizara las finalidades jurídico económicas de ese patrimonio y cuya naturaleza reclamará el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones

que le corresponden y como si pudiese tener la facultad de rehacer o incrementar el conjunto de bienes que lo constituyen". (42)

José M. Villagordoa, emite también su opinión, en torno a la teoría en estudio; y por lo que respecta a lo expresado por Lepaulle su comentario lo efectúa en términos similares a los hechos por Vázquez Arminio y Jorge Domínguez Martínez por: lo que hace a lo señalado por Landerrecha Obregón, éste comenta lo siguiente... "No estamos de acuerdo con ella en vista de que en nuestro derecho no pueden existir patrimonios sin titular; en consecuencia, no podemos explicarnos el fideicomiso como un patrimonio sin sujeto". (43)

El autor - continúa indicando que, - "tampoco es posible que aceptemos la existencia de un nuevo derecho real en nuestro régimen jurídico que se pueda crear a través del fideicomiso como afirma Landerreche cuando explica que en el fideicomiso ocurre una desmembración del derecho de propiedad, toda vez que, ... en ésta operación no sólo se puede afectar bienes, sino derechos personales y consecuentemente sería un absurdo admitir que se creara un derecho real sobre derechos de crédito, de carácter esencialmente personal, - y finaliza su comentario diciendo que: "A la negativa que sostiene Landerreche, acerca de la titularidad del fiducia-

(42) ARAUJO VALDIVIA; Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones, Editorial Cajica. Puebla 1965, Pág. 168.

(43) Villagordoa Lozano, ob. cit, Pág. 97 y sig.

rio sobre el patrimonio fideicomitado, fundamentandola en el hecho de que el fiduciario no puede disponer en su propio provecho de tales bienes y derechos, debemos contestar, que dichas limitaciones se establecen como modalidades que afectan la naturaleza misma de cada derecho, puesto que el fiduciario siempre será titular en beneficio del fideicomisario, quien tiene un derecho personal para exigir a dicho fiduciario el cumplimiento de su cometido en provecho del mismo fideicomisario".

C) TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Sus principales ponentes son: Remo Franceschelli (autor italiano), quien explica su teoría a través del trust inglés, y el jurista Manuel Liardi Albarrán, quien sostiene la misma teoría para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Ambos autores atribuyen en su exposición dos titulares a un determinado bien: Uno de los titulares es el fiduciario, quien conforme a la teoría en estudio tiene la titularidad jurídica, y el segundo propietario sería el fideicomisario a quien se le atribuye principalmente el contenido económico de los bienes fideicomitados.

Rodrigo Vázquez Arminio, citando a Remo Franceschelli; (44) señala que éste autor en su estudio, dedica concretamente su atención a la protección del beneficio en el trust, dentro del sistema jurídico inglés y dice: que "... para realizar en forma más completa el fin relativo a la protección del beneficiario y para dar vida a un sistema, que entre los juristas continentales puede parecer muy curioso y extraño, en

(44) Remo Franceschelli, III Trust nel Diritto Inglese. Cedam Padova.- 1935 Casa Editrice Dott. Antonio Milani.- Pág. - 23; obra citada por Vázquez Arminio ob. cit. pág. 18 y -- sig.

el derecho inglés que llega al desenvolvimiento del derecho de propiedad originario en dos derechos de propiedad contemporáneos, cuyos titulares son sujetos diversos y se refieren al mismo objeto".

Continúa explicando el autor que: "para regresar a aquel desenvolvimiento del que habíamos partido diremos que el se atribuye a dos sujetos diversos, al fiduciario (o trustee) por un lado y al beneficiario (cestui que trust) por otro lado, y además se les otorga una tutela distinta, reconociéndose sobre la cosa fideicomitida (in trust), al primero un señorío legal (legal estate) y al segundo un señorío equitativo (equitable estate)".

Reiterando su teoría agrega este autor que: "el desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad sobre el mismo objeto, que se encuentran atribuidos a dos sujetos diversos, se efectúa en la siguiente forma: en primer término tenemos el derecho de propiedad formal exterior (del trustee), y después el derecho de propiedad sustancial (del cestui que trust)". "El contenido del derecho de propiedad, que como hemos visto contiene dos categorías de facultades, que son la de disposición y la de goce, se atribuyen de acuerdo con las tendencias predominantes, al trustee y al cestui que trust, respectivamente".

Villagordoa Lozano también hace referencia a Remo Franceschelli. dice que concluye este tratadista, sistematizando su pensamiento en cinco reglas que a continuación transcribimos.

"1).- Siempre que por un hecho o por un evento cualquiera o por cualquier manifestación de voluntad, se constituya un trust, el contenido normal del derecho de propiedad sobre

la cosa que es objeto de él, se divide en dos partes: trust ownership (configurado como un legal estate) por un lado y beneficial ownership (configurado como un equitable estate) por el otro lado, cada uno atribuido a un sujeto diferente.

A la inversa se puede decir:

"2).- Cuando se reúnen ambos derechos en un mismo sujeto, el trust queda extinguido.

Es decir:

"3).- Cada vez que 'el legal estate' se atribuye a un sujeto y a la 'equitable ownership' a otro, estaremos en presencia de un trust.

En fin:

"4).- Cada vez que la trust ownership y la beneficial ownership en principios separadas, se reúnen en las mismas manos, el fideicomiso concluye".

"La propiedad así desdoblada, es independiente una de la otra, respecto de los actos de disposición o de destino, que pueden ejecutar los sujetos de cada uno de esos.

"La transmisión posterior de cualquiera de esos derechos a un tercero, no cambia la naturaleza de los mismos en relación con sus titulares originarios.

"Los corolarios 3) y 4) nos permiten por último - obtener otra regla general de importancia:

"5).- Cada vez que la legal estate y la equitable estate estén investidos en sujetos diversos, el legal owner, este es, el titular de la legal ownership, es siempre trustee en beneficio del equitable estate, es decir, del titular de la equitable ownership". (45)

Por su parte el autor Manuel Lizardi Albarrán - - (46) sostiene en su tesis "Ensayo Sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso" la teoría del desdoblamiento de la propiedad en nuestro fideicomiso; y según su opinión. En el fideicomiso existen dos derechos, el primero de ellos es el que se le concede a quien en forma directa ejerce dominio sobre los bienes, objeto de la relación fiduciaria es por esto que el fiduciario queda ante terceros como propietario, pues este dominio a que hacemos referencia es un atributo esencial del derecho de propiedad.

Para este autor el derecho que se le atribuye al fiduciario, es un derecho nuevo y distinto al derecho de propiedad por las razones que a continuación se expresan:

"1a.- Porque es un derecho temporal que no puede exceder de treinta años;

"2a.- Porque existe un fin por realizar y;

"3a.- Porque no representa para el fiduciario ningún valor económico".

(45) IBIDEM. Pág. 34, ob. cit. por José M. Villagodoa Lozano ob. cit. pág. 109 y sig.

(46) Lizardi Albarrán Manuel, Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Tesis, México, 1945. Pág. 199 y sig.

El segundo derecho a que hace referencia el autor es el del FIDEICOMISARIO, que se caracteriza por ser un derecho real, con contenido económico y con válidez erga omnes, que más bien esto sería una especie de protección al fideicomisario contra actos indebidos del fiduciario.

No obstante que el fiduciario es quien ejerce dominio directo sobre los bienes objeto de la relación, él fideicomisario puede en los casos legalmente establecidos perseguirlos y aun REIVINDICARLOS para ser restituidos al fondo del fideicomiso.

"En resumen concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales, el del fiduciario sin contenido económico, y con todos sus efectos normales que les permiten reivindicar de un tercero que detente ó posea sin justo título y el del fideicomisario, por el contrario, con un valor económico pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomiso contra los actos indebidos del fiduciario aunque encuentra las limitaciones que impone la naturaleza de los bienes objeto de la operación.

Los derechos a que nos hemos venido refiriendo tienden por su relación entre si por su temporalidad la tendencia a confundirse y revertir en el derecho de propiedad originario, reversión que depende del transcurso del tiempo o de la realización de una condición".

Ahora bien, el jurista VAZQUEZ ARMINIO RODRIGO (47)

(47) Rodrigo Vázquez Arminio, ob. cit. Pág. 19.

critica la teoría en estudio y considera que es inaceptable para nuestro fideicomiso porque el aceptar tal cosa de que el derecho de propiedad admite desdoblarse, sería ir en contra de la naturaleza misma de ese 'derecho real', que es considerado como un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes porque la existencia de uno necesariamente elimina a cualquier otro.

D) EL FIDEICOMISO COMO UNA TRANSMISION DE DERECHO AL FIDUCIARIO.

Algunos autores como, Serrano Trasviña, fomentan la idea de que la naturaleza jurídica del fideicomiso debe tener como ángulo de observación la transmisión de derechos que tiene lugar del fideicomitente al fiduciario criterio compartido por Joaquín Rodríguez y Rodríguez, aunque también este último autor considera que el fideicomiso puede contemplarse como un negocio fiduciario o bien como una operación bancaria, posturas que serán objeto de análisis posteriormente.

1.- TEORIA DE JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, 48, al referirse a la teoría en estudio expone: "El artículo 352 de la LGTOC, implica una traslación de dominio que crea, una nueva estructura en el derecho de propiedad pues según, continúa explicando "la traslación de dominio habida produce efectos frente a terceros que hace aparecer como dueño al fiduciario, además de que este no tiene un libre uso, disfrute y dominio sobre los bienes fideicomitados", porque como agrega el autor en

(-8) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil - Tomo II Editorial Porrúa, S.A. México. D.F. 1985. Pág. 119 y sig.

estudio ____ "La ley . . . señala claramente que el fideicomiso implica una traslación de dominio (cesión de derechos o transmisión de dominio) en favor del fiduciario. Esta traslación de dominio debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad cuando se trata de bienes inmuebles (art. 353, LGTOC), o hacerse con formas de publicidad equivalente a al inscripción, cuando se trate de bienes muebles (notificación, endoso, endoso con registro, tradición) (art. 354, Ley Citada)". (49).

El dominio del fiduciario, según este autor, tiene las siguientes limitaciones:

"1) Todas las facultades se ejercen en función del fin a realizar y no en interes del fiduciario.

"2) El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario.

"3) El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites establecidos de antemano.

"4) Los bienes deben volver al fideicomitente con las excepciones que fija la Ley.

"Quiere decir todo esto que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación. Bien entendido que un patrimonio separado o un patrimonio fin o de afectación no es patrimonio sin titular". (50)

(49) IDEM

(50) IDEM Pág. 159

2.- TEORIA DE JORGE SERRANO TRASVIÑA

Por su parte, Jorge A. Domínguez Martínez, hace referencia a Jorge Serrano Trasviña, nos dice que este autor compara las mismas ideas que expuso el autor Rodríguez y Rodríguez, asimismo estima que, la regulación en general de la L. G. T. O. C. por lo que respecta al fideicomiso y especialmente fundándose en lo que establecen los artículos 351 y 352, de este ordenamiento, "cabe afirmar que el fideicomiso supone un patrimonio de afectación, con destino cierto y determinado". Más adelante agrega: "Hay que hacer constar, sin embargo, que tal patrimonio no carece de titular". Así también de conformidad con el artículo 356 de la misma LCTOC.. "la institución fiduciaria tendría todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que se establezcan al constituirse el mismo, ___ el fiduciario sigue diciendo este autor ___, estará investido de todas las facultades que correspondan al propietario, concluye señalando que ___ el fiduciario, en síntesis, aparece como tal, debe ser y es por tanto titular de los derechos fideicomitidos". (51)

En relación la teoría expuesta el mismo Domínguez Martínez hace la siguiente crítica: "debe tenerse en consideración que si bien los bienes dados en fideicomiso se encuentran afectos a un fin determinado, aun cuando atinadamente se asiente que el titular de los mismos lo es la institución fiduciaria, no basta por sí mismo para explicar la naturaleza jurídica de aquel; ello lo prueba la posición de Rodríguez y Rodríguez, pues para abordar tal empresa y satisfacer su propósito, lo analiza, según lo anotamos en su oportunidad, desde varios

(51) Serrano Trasviña, Jorge; Aportación al Fideicomiso, México D.F. 1950. pág. 31 y sig. Obra citada por Jorge A. Domínguez Martínez. Ob. Cit. pág. 159.

ángulos, o sean como negocio indirecto y fiduciario, como régimen de propiedad y como operación bancaria. Concluye su comentario indicando que: Así lo correcto es, como lo hace Ortíz Urquidí (52) al considerar al fideicomiso como una afectación de bienes, pero solo en cuanto a su naturaleza jurídica — patrimonial, no genericamente conceptuado. (53)

Rodrigo Vázquez Arminio a este respecto, comenta lo siguiente: "No estamos de acuerdo en designar esas limitaciones de la titularidad como una "propiedad fiduciaria", si no que el fiduciario es titular de pleno derecho de los bienes o derechos transmitidos. Ahora bien, todo derecho puede limitarse de conformidad con lo que se convenga en el contrato, siempre que esas limitaciones no lesionen intereses de carácter público que lo hagan en contrario a las leyes de ese orden o de carácter prohibitivo y eso es lo que ocurre en el fideicomiso". (54)

E) EL FIDEICOMISO COMO OPERACION BANCARIA.

Como, anteriormente ya lo hemos comentado, Joaquín Rodríguez y Rodríguez considera al fideicomiso como un patrimonio de afectación (actitud ya comentada) también lo considera como un negocio fiduciario indirecto (Materia de análisis

(52) Voto particular en análisis de jurisprudencia, T. CXXX III, Año XXXV, octubre, noviembre, diciembre de 1968, México. Pág. 52.

(53) Jorge A. Domínguez Martínez, Ob. Cit. pág. 159.

(54) Rodrigo Vázquez Arminio, Ob. Cit. pág. 21.

posterior); pero al mismo tiempo también considera AL FIDEICOMISO COMO UNA OPERACION BANCARIA pues según apunta. "el fideicomiso sólo puede ser practicado en México por instituciones expresamente autorizadas para ello". (55) "Se funda para llegar a tal afirmación en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; asimismo con fundamento en lo establecido en este último precepto, en relación con el artículo 75, Fracción XIV del Código de Comercio, el autor afirma que el fideicomiso, como operación bancaria, es un acto de comercio y a su vez, de conformidad con el art. 1º de la LGTOC., es también acto de comercio como operación de crédito. (56)

Por último Rodríguez y Rodríguez, duda sobre si el fideicomiso es una operación de crédito pasiva o más bien un servicio bancario, a lo que responde que la institución, encuadra mejor que el grupo de los servicios bancarios.

A lo expuesto por Rodríguez y Rodríguez; y Domínguez Martínez hace el siguiente comentario: el carácter de institución bancaria que debe ostentar la fiduciaria, hace que - Rodríguez y Rodríguez conciba parcialmente al fideicomiso como operación bancaria. '

Pero esta caracterización se restringe únicamente al aspecto formal del fideicomiso y por lo tanto no comprende el fondo del problema para que la concepción de dicha figura, como tal tuviere cierto sentido. Ondando al respecto, su reglamentación como operación de crédito que lleva acabo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es, según el

(55) Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit. pág. 122.

(56) Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit. pág. 534.

mismo Rodríguez y Rodríguez lo anota, ver hasta que grado en realidad el fideicomiso es una operación de crédito; ___ por eso es que Jorge Alfredo Domínguez Martínez hace referencia a CABANELLAS (57) quién define a la operación de crédito como "aquella en la cual una de las partes se obliga a una prestación futura, que por lo general se funda en la confianza que inspira o en la solvencia de que goza". Y considera a la operación bancaria como "cualquiera de las transacciones o negocios en que una entidad bancaria interviene, ya como parte principal o accesoria".

Por ello ___ continúa diciendo Domínguez Martínez ___ Rodríguez y Rodríguez, precisamente después de hacer notar que todas las operaciones bancarias mencionadas por la LGICOA, (actualmente Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito), tienen como denominador común que consisten en una serie de operaciones de crédito, caracteriza a estas últimas como las que implican "una transmisión actual de propiedad de dinero o de títulos por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo después por el deudor-". Termina definiendo la operación bancaria como "toda a aquella operación de crédito-practicada por un banco con carácter profesional y como eslabón de una serie de operaciones activas y pasivas similares". Dicho autor concluye su comentario diciendo: por lo coherente y lógico de los razonamientos anteriores procede concluir, al ser el fideicomiso una operación bancaria en la que la obligación de la fiduciaria deberá cumplirse con posterioridad a la celebración del negocio y además, por tener lugar dicha celebración preponderantemente con base

(57) Diccionario de Derecho Usual, 5a. ed., T. III, Buenos Aires 1962, P. 120; Obra Citada Por Jorge A. Domínguez - Martínez, Ob. Cit. Pag. 161.

en la confianza que la institución inspira debido a su solvencia económica, que es una operación de crédito.

Por otro lado es conveniente aclarar lo que preceptúa el artículo 350 de la LGTOC., el cual textualmente establece; "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito"; pero actualmente, es de aclararse que las instituciones a que se refiere esta ley deberán estar constituidas con el carácter de Sociedad Nacional de Crédito, tal como lo establece el artículo 2o. de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, misma que rige actualmente nuestro sistema Jurídico Bancario y que abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941. Asimismo, nuestra actual Ley Bancaria- en su artículo 30 dispone que: "las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes... XV.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito..."

Por lo antes expuesto, se deduce, que en nuestro sistema jurídico bancario, la actividad fiduciaria esta reservada única y exclusivamente a las Instituciones Nacionales de Crédito, por lo cual sólo estas serán las encargadas de realizar el fin de fideicomiso.

F) EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.

Para entender cabalmente la teoría en estudio, será necesario, primeramente comprender en que consiste la frase 'Negocio Fiduciario', y así pues, se dice que es un acto celebrado entre particulares no previsto expresamente por la Ley con la intención aparente de celebrar un acto diferente a la finalidad querida por las partes y que consiste, en que,

una de ellas entrega bienes a otra para que esta última cumpla con ellos una finalidad y que ésta sólo será efectiva si aquel que recibe los bienes obra de buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación.

Existen diversos autores que conceptúan al fideicomiso como un negocio fiduciario, tomando como referencia los medios empleados por los celebrantes, para alcanzar los fines - perseguidos.

Entre los autores partidarios de esta postura cabe señalar a Joaquín Rodríguez y Rodríguez (58), Jorge Serrano Trasviña, (59) José Manuel Villagordo Lozano, (60) y por último cabe mencionar al maestro Barrera Graf. (61)

Pugliatti (62) por su parte define al negocio fiduciario como "aquel por medio del cual se efectúa una transmisión de propiedad, que no tiene como fin un incremento del patrimonio del adquirente, sino que constituye el presupuesto de un fin práctico determinado, aquel a que los bienes o derechos deban ser determinados".

Barrera Graf, señala que por virtud del negocio fidu-

(58) 'Curso de Derecho Mercantil', ob. cit. p. 345.

(59) 'Aportación del Fideicomiso', Tesis, 1950, p. 366.

(60) 'Ob. Cit. P. 129 y sig.

(61) Tratado de Derecho Mercantil, Vol. I. 1ª ed. Editorial Porrúa. México, 1958, pág. 317.

(62) Pugliatti, Introducción al estudio del derecho Civil, Trd, esp. a la 2ª id. it. México 1943, pág. 269, Obra citada por Jorge A. Domínguez Martínez, P. 165.

ciario "una persona transmite a otra ciertos bienes y derechos, obligandose está a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, a transmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertidos a favor del transmitente".

Rodríguez y Rodríguez, estima que los negocios fiduciarios "se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo.

Para Serrano Trasviña, el negocio fiduciario es aquel constituido "En virtud de un contrato por el cual un derecho invierte el modo de su ejercicio, que se transforma de potestativo en obligatorio".

Lo anterior, no obstante el diverso punto de vista desde el cual es analizado el concepto de negocio fiduciario por los últimos autores citados, en conclusión, la cuestión parece traducirse en términos similares a los anteriores.

Domínguez Martínez, (63) en relación a la teoría en estudio señala: "Una omisión de todos los conceptos anteriores es la relativa, a mencionar un aspecto de suma trascenden-

(63) Ob. Cit. P. 129 y sig.

cia en la celebración de cualquier negocio fiduciario; se trata de la confianza habida del enajenante para con el adquirente de que este cumplirá con la obligación adquirida", por lo cual, define al negocio fiduciario como "aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquel le señala, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo al primero".

Haremos mayor énfasis en la Teoría que expone José Manuel Villagordoa Lozano, toda vez que es uno de los más destacados exponentes de esta teoría.

El tratadista en cita, parte de el principio de que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario, toda vez que en esta institución se descubren las dos relaciones que integran a este tipo de negocios. "La relación real con efectos erga omnes, misma que se establece mediante la transmisión del fideicomitente al fiduciario, de la titularidad de los derechos, que constituirían la materia del fideicomiso". (64)

El fiduciario recibe esa titularidad y la ejercita destinando los bienes o derechos relativos a la realización de los fines del fideicomiso, y no en su propio provecho. En estos términos surge la relación obligatoria, cuyos efectos son *inter partes*, ya que el ejercicio de los derechos transmitidos al fiduciario se convierten en una obligación a su cargo y a favor del fideicomisario, por ser dicho ejercicio un requisito indispensable para la realización de los fines estableci-

(64) Villagordoa Lozano, José Manuel, Ob. Cit. p. 119.

dos en el acto constitutivo correspondiente. (65)

Ahora bien, el autor en cita nos indica el concepto de titularidad y lo define como "la cualidad jurídica que determine la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica.(66)

Asimismo indica que el fideicomitente puede transmitir la propiedad de un bien inmueble, o únicamente el usufructo de dicho bien reservándose la nuda propiedad. Así como también no solo puede transmitir derechos reales, sino también cualquier especie de derechos personales, que se requieran para la realización de los fines del fideicomiso.

Por otra parte los bienes y derechos transmitidos al fiduciario, no pasan a formar parte de su patrimonio, sino que por el contrario, se forma un patrimonio autónomo por cada fideicomiso que se constituye, de conformidad con el primer párrafo del artículo 60 de la ley reglamentaria del servicio y público de Banca y Crédito.

Asimismo, estos bienes y derechos deberán ser destinados exclusivamente al fin de cada fideicomiso, sin que se encuentre sujetos a las responsabilidades propias del fiduciario, sino solamente aquellas que correspondan a terceros ajenos a la constitución del fideicomiso, de conformidad con la ley antes citada, maxime tratándose de quiebra del fiduciario, los bienes y derechos que se les ha encomendado en fidei

(65) Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Ob. Cit. P. 531

(66) Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor, S.A.1950 Tomo II, Pag. 3823; Obra citada, Por José Manuel Villagor doa Lozano, Ob. Cit. Pag. 120

comiso no entran a ella por encontrarse separados de su propio patrimonio. En consecuencia, las acciones correspondientes para obtener la separación de los bienes y derechos dados en fideicomiso, de la quiebra del fiduciario competen el fideicomitente y al fideicomisario con fundamento en el artículo 159 de la Ley de quiebras y suspensión de pagos.

No obstante lo anterior, el patrimonio del fideicomiso no es un patrimonio sin titular sino que esa titularidad corresponde, como ya dijimos al fiduciario, en los términos y condiciones que se establezcan en el acto constitutivo del fideicomiso.

Villagordas se fundamenta principalmente en el pensamiento de Francisco Ferrara quien expone: "las personas pueden ser titulares de varias masas patrimoniales de las cuales cada una tiene un tratamiento y finalidad jurídica diferente, así es como nace la figura del patrimonio separado, es decir, del patrimonio jurídicamente distinto del restante de la persona, capaz de tener relaciones y deudas propias y además de ser completamente ajeno a las fluctuaciones y vicisitudes que gravan al patrimonio vecino ó al patrimonio en cuyo seno existe. El patrimonio separado es un centro autónomo que no tiene otras relaciones con el patrimonio vecino, que la liga extrínseca de tener al mismo sujeto ... los dos patrimonios tiene vida propia diferente y a un son capaces de tener mutuas relaciones jurídicas y solamente tienen un sujeto común. Pero el patrimonio autónomo no es una persona jurídica, por que si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes".

"Para que el patrimonio forme un todo unitario, no

basta una especial destinación". (67)

"El único criterio seguro para reconocer la existencia del patrimonio autónomo es el relativo a la responsabilidad por deudas propias. El patrimonio autónomo no es el que tiene deudas en el que se localizan las obligaciones y las responsabilidades que de él mismo nacen, y que no resisten los efectos de las obligaciones diferentes que gravan el resto del patrimonio del sujeto. En las manos de un mismo titular se tienen dos esferas jurídicas separadas: El patrimonio general de la persona y otro centro patrimonial que tiene sus propios derechos y obligaciones". (68)

En consecuencia Rodríguez y Rodríguez señala; cada fideicomiso, considerado como una operación individual, constituye un patrimonio autónomo, independiente, cuya titularidad corresponde al fiduciario y que se diferencia de su patrimonio personal. Más aún, dicho, patrimonio autónomo, con sus propios derechos y obligaciones, puede ser declarado en quiebra por los acreedores del mismo, sin que esto implique la quiebra del fiduciario. (69)

Finalmente, Villagordoa, concluye afirmando que el fiduciario será titular de tantos patrimonios autónomos, como fideicomisos en los que intervenga.

(67) Ferrara Francisco, Tratado de Diritto Civil Italiano, Roma 1921, Pag. 875 y 876. Ob. Cit. Por Villagordoa, Ob. -- Cit. Pag. 122.

(68) Idem. Pag. 877.

(69) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín ob. cit. pag. 209.

Una vez que se han comprendido dichos conceptos, nos encontramos en la posibilidad de dar una definición del fideicomiso creado por la legislación mexicana: "El fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario". (70)

En fin todos los autores citados, afirman que el fideicomiso es un negocio fiduciario en el que se presentan los siguientes elementos:

- a) Presencia de dos sujetos;
- b) Traslación de derechos de uno a otro como relación real.
- c) Obligación Personal del adquirente para con el enajenante de destinar lo transmitido a un fin determinado; y
- d) Esa finalidad o destinación está sujeta a una afectación.

Pero también dichos autores hacen notar algunas diferencias: tales como:

- a) El negocio fiduciario siempre es un contrato celebrado por las partes interesadas en tanto que el fideicomiso puede constituirse por declaración unilateral de voluntad.

(70) Villagorda Lozano, José Manuel, Ob. cit.

b) El 'negocio fiduciario' en su consecución es potestativo, mientras que el fideicomiso es obligatorio, en virtud de un deber jurídico impuesto a su titular,

c) Barrera Graf (71), aporta al principal diferencia que consiste, en que el secreto interpartes del negocio fiduciario desaparece en el fideicomiso por la intervención forzosa de una institución de crédito como fiduciaria, quien hace público el carácter del negocio;

d) El 'negocio fiduciario' carece de reglamentación legal y el fideicomiso cuenta con ella; y

e) El 'negocio fiduciario' puede ser en parte cualquier persona y en el fideicomiso sólo una institución de crédito puede ser fiduciaria.

G.- EL FIDEICOMISO COMO DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD

El fideicomiso en México hay quienes dicen que es un contrato por la relación jurídica que exista entre dos o mas personas (postura que se analizará posteriormente); pero también hay quienes consideran a el fideicomiso como una declaración unilateral de voluntad, como es el autor Jorge A. Domínguez Martínez, principal postulante de la teoría en estudio.

México recoge la declaración unilateral de voluntad como obligatoria sólo en los casos en que la ley así lo consi-

(71) Cit. Por Ojesto Martínez Portayo Fernando, en "La Nulidad en el Fideicomiso", Tesis, México 1980 pp. 134 y sig.

dere (art. 1860 a 1881 del Código Civil en el Distrito Federal) y de los cuales citare algunos:

1.- El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio.

2.- El compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público de realizar alguna prestación en favor de quien lleve determinada condición o desempeño cierto servicio.

3.- La aperturá de concurso en que haya promesa de recompensa para quienes llenaren ciertas condiciones, con fijación de un plazo.

4.- La estipulación en favor de tercero (testamento).

Podemos considerar como manifestación unilateral de voluntad, en materia civil al testamento y en materia mercantil entre otros, se reconoce expresamente; el fideicomiso testamentario y a la letra el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento..."

Ahora bien, una vez aclarada la postura de nuestro fideicomiso dentro de la declaración unilateral de voluntad; pasaremos a la exposición que hace Jorge A. Domínguez Martínez, respecto a la teoría en estudio.

Dicho autor principia su exposición con las teorías más difundidas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que dice que unas por no tener cabida en un sistema jurídico como el nuestro, otras por limitarse a estudiar sólo un aspecto, desde que, de cierto ángulo pueden ser

observadas en relación con aquel, o bien, en su caso, por una falta de coincidencia material del fideicomiso y las figuras de la que se considera que deriva la naturaleza jurídica del mismo, pero que lo cierto es que por una u otra razón, la opinión de este o de aquel autor es blanco de críticas por los demás. (72)

El autor continúa manifestando _____ "se ha estudiado el problema relativo a la situación jurídica que guardan los bienes fideicomitidos sin hacer alusión al acto que origina esa situación, como sucede con la teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad, con la del patrimonio sin titular o inclusive, con la de la transmisión de bienes de la que es titular la fiduciaria, o, por el contrario, se ha partido no de la especie de acontecimiento jurídico, como puede ser acto o negocio jurídico, sino que, ignorando éstos, se pretende explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso ya recurriendo a una figura nominada, como acontece con el fideicomiso _____ mandato, o no tan específicamente con el fideicomiso _____ operación bancaria, presentando por ello debilidades más claras debido a que pretenden conceptuarlo partiendo de lo particular hacia lo general". (73)

Asimismo señala, las teorías que concide-
ran al fideicomiso como negocio fiduciario, tienen un mayor número de seguidores y defensores, en comparación con otras, independientemente a que sean o no procedentes.

(72) Domínguez Martínez Jorge, A., OB. GIT. pág. 187.

(73) Idem.

Para complementar su opinión, el autor continúa indicando _____ "Cuando se pretende explicar la compraventa, la donación o la renta vitalicia, no se dice que son una transmisión de propiedad, o temporal de uso o goce si la explicación es para el arrendamiento, sino que, correctamente, se principia por decir, en uno, en otro, o en cualquiera de los casos, que se trata de un contrato.

"La prenda por su parte, se define bien como contrato, como derecho real, o bien, sirve asimismo para designar los bienes sobre los que este recae, pero no como la situación que guardan los bienes.

"La hipoteca voluntaria es un derecho real que se constituye por contrato o acto unilateral, pero no se afirma que sea una situación específica que guardan ciertos bienes. La misma situación se presenta con el testamento; es un acto jurídico con determinadas características de fondo y forma, no la creación de un estado jurídico de los efectos que aquel producirá cuando el testador fallezca". (74)

Por lo anteriormente expuesto _____ el Autor afirma: que el fideicomiso es un negocio jurídico, como especie de los acontecimientos jurídicos voluntarios y en oposición a los actos jurídicos en sentido estricto. Además la estructura del negocio jurídico llamado Fideicomiso es compleja, en cuanto se refiere a su constitución implica un negocio unilateral y respecto a su ejecución, es de naturaleza contractual; por ende, tomando en cuenta los elementos personales de ambos

actos, _____ concluye afirmando que _____, el fideicomiso" es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud del cual, este destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello". (75)

Cabe hacer notar que esta teoría únicamente se ha expuesto como una más de las que se han estudiado, para tratar de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, y en tercero y último capítulo del trabajo en desarrollo se abundará con mayor amplitud, de tal manera que podamos cumplir con la finalidad del presente estudio.

H.- EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO.

El Dr. Miguel Acosta Romero en la Obra "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México", (76) Editada por la organización Somex, considera que: "el fideicomiso es un contrato", por lo cual para explicar su teoría parten de la siguiente premisa, el fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico, _____ ya que dice _____, es la expresión de voluntad de dos ó más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones. Además señalan que dentro de las especies de actos jurídicos, el Código Civil Federal, en sus artículos 1792 y 1793, se define al convenio como el acuerdo de dos ó mas

(75) Ibidem.

(76) Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. ob. cit. pág. 157 y sig.

personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y añade los convenios que producen o transfieren obligaciones ó derechos toman el nombre de contratos.

Para calificar a el "fideicomiso mexicano como contrato se basa en que es una relación jurídica entre dos ó más personas; puesto que dice. siempre debe haber un fideicomitente y una Institución Fiduciaria, y esa relación, continúa diciendo, establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por lo tanto, señala. "no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad".

En este orden de ideas pretende fundamentar su afirmación haciendo un estudio por analogía, de como funciona el trust en Estados Unidos e Inglaterra, por ser el modelo tomado por el legislador mexicano, _____ y además basado en las opiniones de los que consideran son las más eminentes tratadistas sobre este tópicó en ambos países.

Por lo cual citando a Scott señalan que este autor dice que, el trust es una relación jurídica que tiene ciertas características y agrega que: "Los autores de derecho y los tribunales han definido algunas veces el trust como una cierta clase de derecho u obligación. Esa definición es demasiada estrecha. Es cierto que si se mira desde el punto de vista del trustee hay derechos establecidos para él y en favor del beneficiario, pero el trust es una relación jurídica compleja de la cual las obligaciones del trustee solo son una parte... el trust es un aparato legal complejo, la relación jurídica entre las partes, con respecto a la propiedad que es su materia, e incluye no solo las obligaciones que el trustee tiene frente al beneficiario y el resto del mundo, sino también los derechos, privilegios, poderes e inmunidades que el beneficiario tiene en contra del trustee y el resto del mundo. Parece propio por lo tanto definir al trust ya sea como una

relación que tiene ciertas características de definición o posiblemente como un instrumento jurídico o una institución legal que entraña a esa relación". (77)

De lo anterior, el autor en cuestión, estima que Scott reconoce la necesidad de dos partes en el trust. El trustee (fiduciario) y el beneficiario, que puedan entenderse como fideicomitente o fideicomisario, en el derecho mexicano.

Al referirse a Sir Arthur Underhill señala que para éste autor el trust es: "una obligación de equidad que liga a una persona a quien se le designa trustee (fiduciario, para administrar una propiedad sobre la cual se le otorga control _____ (y a la que se llama propiedad fiduciaria) en provecho de personas a las que se designa beneficiario o cestui que trust), pudiendo ser uno de ellos el propio trustee (fiduciario y cualquiera de ellos podrá darle fuerza legal al cumplimiento de la obligación)". (78)

A esta definición emitida por Underhill, señala que aunque no se determina con precisión el concepto de trust como lo hace Scott, estiman que existe una relación jurídica entre partes, sobre una propiedad fiduciaria.

Asimismo hacen alusión a Bogert, quien define al trust como "una relación fiduciaria en la cual una persona tiene en su poder diversos bienes, sujetos a una obligación de equidad para conservarlos o usarlos para el beneficio de

(77) SCOTT op. cit. pag. 38.

(78) IBIDEM

otros", y añade con posterioridad que: "el interés en la propiedad fiduciaria es la parte fundamental de la constitución del trust, y el trust presupone una propiedad específica definida o definible, una propiedad definida que se transfiere al fiduciario y que debe conservar para su manejo o distribución.

"El settlor (fideicomitente), en un trust, es la persona que internamente origina que aquel exista con cierta frecuencia es llamado trustee (creador del fideicomiso o donante).

"El trustee/fiduciario es la persona individual ó artificial (corporación), que mantiene la propiedad en su poder para el beneficio de otros.

"El beneficiario o cestui que trust (fideicomisario) es la persona para cuyo beneficio conserva la propiedad, el fiduciario, y puede ser en los trust privados, un individuo o una corporación, o en aquellos que tienen fines caritativos, puede ser el público o una clase sustancial del mismo". (79)

Tanto en el derecho inglés como en el norteamericano, _____ la obligación del beneficiario es de equidad: tal como lo afirma Bogert, al decir que: "en casi todos los casos existen cuando menos tres partes conectadas con el trust, que son:

(79) Bogert, George Gleason The Law of trust an trustees, A. tr Gasticce Covering the law relating to trusts and allied subjects affecting trusts creation and administration second edition west publishing, co.. S.T. Paul Mino-1965, VOL I, Secciones 2 a 8 pag. 6.

"El Settlor (fideicomitente) una entidad legal separada que actúa como trustee (fiduciario), una o más terceras personas que son los beneficiarios (fideicomisarios) y más adelante agrega: sin embargo cuando el settlor (fideicomitente), se declara sí mismo (fiduciario), ambas calidades recaen en una sola persona en cuyo caso un trust puede existir con sólo dos partes. Una persona no puede estar obligada consigo mismo por lo cual no puede tener al mismo tiempo la calidad de settlor, trustee y único testui. Las personas que intervengan en un trust, no pueden ser menos de dos". (80)

Continúa diciendo el autor en estudio, que si teóricamente es permitido aplicar la analogía en aquellos casos en que encontramos identidad de principios y siendo el fideicomiso mexicano una adaptación del trust Inglés y norteamericano, cabe concluir que la docta opinión de los autores que hemos citado nos permiten afirmar que el trust es una relación jurídica establecida entre dos ó más personas; en consecuencia, en México también existe esa relación, pues no puede haber fideicomiso únicamente con el fideicomitente, al igual que en el derecho norteamericano. La afirma contundentemente Bogert. En México cuando menos debe haber dos personas para establecer y crear un fideicomiso.

Por lo que reconocen que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos ó más personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre partes, es de conducirse que tiene todas las características atribuidas por el Código Civil bien sea el convenio, bien sea al contrato.

Por lo cual se inclinan a pensar que se trata de un contrato, en virtud de que crea, declara y transmite derechos y obligaciones.

Para reforzar ésta aceveración, señalan que es más, en el uso bancario normal, en la experiencia mexicana, se utiliza el término contrato del fideicomiso y en algunas ocasiones se usa la palabra convenio.

Siguiendo este orden de ideas estima también que el uso bancario es generador de principios de derechos complementarios de la Ley, ya que señalan cuando existe alguna laguna y en el caso, dicho uso ha generado el principio de que el fideicomiso es un contrato, ya que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no señalan que tipo de acto es, y que por lo que respecta al uso bancario es aplicable el principio establecido en el artículo 2o. fracción III de la referida Ley, que lo califican como uso interpretativo en el sentido de que el fideicomiso es un contrato.

Por otra parte también señalan que la intención del legislador fué la de concebir al fideicomiso como un contrato, de tal forma que para reforzar esta afirmación, citan lo expresado por el propio legislador, es decir el autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, señor licenciado Pablo Macedo, (81) quien al comentar su intervención

(81) Macedo Pablo, Estudio Sobre el Fideicomiso Mexicano, en la Traducción de la obra de Pierre Leupalle; tratado. Teórico y Práctico de los Trust, 1a. Ed., Editorial Porrúa, S. A. México 1975. P. XXX y XXXII

en la redacción de los mencionados preceptos, señalan que, en dos ocasiones afirma que el fideicomiso es un contrato, al expresar "se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes" y más adelante dice" en esta forma se evitaban las discusiones existentes en otros regímenes jurídicos, acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario".

Así mismo, para tratar de corroborar su teoría, hacen mención del hecho de que todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contrato, no obstante que su creación se ordena, bien sea por acuerdos presidenciales, bien por leyes, en cuyos casos, en ambos supuestos son actos unilaterales del gobierno y por si mismos no crean los fideicomisos.

Posteriormente citan algunos ejemplos de "contratos de fideicomiso" celebrados por el gobierno federal, con los que pretenden reiterar lo afirmado con antelación.

De ésta forma se refieren entre otros ejemplos, a la Ley Orgánica de Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de Diciembre de 1980, en la cual transcriben textualmente el artículo tercero transitorio de la referida Ley: "el fondo de habitaciones populares a que se refiere la Ley Orgánica que se abroga, en lo sucesivo se regirá de conformidad con el contrato de fideicomiso que celebre al Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su calidad de fideicomitente único del Gobierno Federal y del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., como fiduciario".

Mencionan también que la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias, ha reconocido la natura-

leza del fideicomiso como contrato, citando los siguientes precedentes. Del Semanario Judicial de la Federación; tomo CVIII, Página 1328, Sosa García Efraín, tomo CXIX, página 119 del 17 de febrero de 1954, Esparza de Sánchez Leonor, también de la página 1183.

Por los razonamientos y disposiciones antes expuestas y comentados, concluye que el fideicomiso es un contrato.

Por lo que opinan que el fideicomiso "es un instrumento legal mediante el cual una persona física ó moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a la Institución Fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo". (82)

De lo anterior podemos decir que no estamos de acuerdo con la postura que adopta el coautor de esta Teoría, toda vez, que no siempre existe la relación del fideicomitente fiduciario o, fideicomitente - fideicomisario, pues tanto nuestra Ley Adjetiva como nuestro sistema jurídico bancario permite la constitución del fideicomiso sin que se designe a la institución fiduciaria. La misma Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que cuando no se haya designado a 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. Además también considera válido al fideicomiso constituido sin designar fideicomisario. (art. 347 y 350 2º. Párrafo). Por esta razón consideramos que en el acto constitutivo del fideicomiso no existe necesariamente la relación jurídica entre fideicomitente con el fiduciario y fideicomisario.

(82) Fomento Cultural de la Organización Somex, A. C. Ob. Cit. Pag. 166.

La designación de la Institución fiduciaria por parte del fideicomitente y la aceptación del cargo para desempeñar la actividad encargada, no constituye un acto bilateral ya que la designación es válida en virtud de que las sociedades nacionales de crédito, al prestar el servicio público de banca y crédito, sólo podrán excusarse de aceptar el cargo, cuando exista alguna causa grave a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio, por lo que la aceptación del cargo de ésta es condición para la eficacia del fideicomiso, más no para su validez.

Así también, Emilio Krieger en su obra "Manual del Fideicomiso" señala: "Si la designación de la institución y la aceptación del cargo hecha por esta constituye un negocio bilateral de tipo contractual, esa misma naturaleza correspondería al nombramiento que hiciera el fideicomisario y la aceptación del fiduciario y, lo que es absurdo e inadmisibles, la designación hecha por un juez y la aceptación de la institución nombrada constituirían una relación contractual". (83) Razón por la que debemos considerar que en la constitución del fideicomiso existe la voluntad unilateral que es la del fideicomitente.

Por lo que hace al señalamiento, de considerar al fideicomiso como contrato, debido al uso bancario, en virtud de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no señala que tipo de acto es, por lo cual consideran aplicable la fracción III del artículo 2o. de la misma ley, nosotros consideramos que la remisión que hace este artículo debe ser en el sentido de que primero se estará a lo que disponga dicha ley y dado que ésta, no señala que tipo de acto es el fideico-

(83) IDEN, ULT. Cit.

mismo, debemos estar en segundo lugar a lo dispuesto por la legislación mercantil general, y en este sentido el Código de Comercio tampoco resuelve la problemática planteada, sin embargo señala en su artículo 2o. "A falta de disposiciones de este Código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común". De lo que se deduce que el siguiente ordenamiento a aplicar es el Código Civil para el Distrito Federal en asuntos de orden común, y en toda la República en asuntos del Orden federal, que tampoco señala cual es la naturaleza jurídica del fideicomiso. De tal manera que habrá que buscar la naturaleza jurídica del fideicomiso atendiendo a la misma figura jurídica en cuanto a su regulación en la ley como en su funcionamiento.

Si la intención del legislador fue concebir al fideicomiso como un contrato como señala el autor de la obra que se ha analizado; este no lo consagró como tal expresamente, por lo que es de concluirse que el contenido de la ley no puede ser otro, que el que sus autores pudieron y quisieron expresar, por ello la interpretación de la misma no puede consistir en un análisis de lo que el legislador habría querido expresar.

En mi concepto y en base al análisis realizado considero que el Fideicomiso es un negocio Jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado Fideicomitente por virtud del cual este destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito, determinado, la ejecución de los actos que tienden al logro de ese fin, deberá realizarse por medio de la Institución Fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.

III. LOS ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

En la constitución del fideicomiso, existen una serie de elementos como son: el fideicomitente, el fiduciario, el fideicomisario, el objeto y el fin que éste persigue; además de las formalidades para su total creación y subsistencia.

Los elementos a que hemos hecho referencia son importantes en la constitución del fideicomiso y por esta misma razón, los estudiaremos muy particularmente y por separado.

1. EL FIDEICOMITENTE.

Es la persona que crea el fideicomiso mediante una manifestación expresa de su voluntad, es considerado dentro del fideicomiso como el elemento personal indispensable para la constitución del mismo, ya que si éste no existiera, tampoco existiría el fideicomiso, pues no habría quien afectara los bienes material del fideicomiso, a un fin lícito determinado encomendando su realización a una institución fiduciaria.

El fideicomiso podrá constituirse sin estar determinados el fiduciario o el fideicomisario, como lo establece la ley sustantiva en sus Artículos 350 y 357, pero jamás podrá constituirse un fideicomiso sin que existiera previamente una persona física o moral capaz de hacer al afectación de bienes o derechos que el fideicomiso implica.

Al respecto, el Artículo 346 del mencionado ordenamiento a la letra dice: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Asimismo, el Artículo 349 nos indica quienes pueden ser fideicomitentes al establecer que: "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas y jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de los bienes que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen".

CONCEPTO DE FIDEICOMITENTE

Conjugando ambos preceptos se puede definir al fideicomitente como aquella persona física o moral, pública o privada que crea el fideicomiso, mediante una manifestación expresa de su voluntad, capaz de producir efectos jurídicos destinando ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado transmitiendo su titularidad para la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

De lo anterior se desprende que pueden ser fideicomitentes todas las personas que tengan capacidad legal necesaria para hacer la afectación de un bien o un derecho, a un fin lícito determinado; o en su caso, celebrar un contrato para constituir un fideicomiso.

Ahora bien, por capacidad se entiende "la aptitud para adquirir un derecho o para ejercitarlo o disfrutarlo" (84).

En consecuencia quedan excluidos para ser fideicomitentes

(84) De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, 1979. Pág. 136.

tentes por sí mismos, los menores de edad y los incapacitados.

Por lo tanto, al momento de constituir un fideicomiso, habrá que tomar en consideración lo siguiente:

a) Si el que va a constituir el fideicomiso es una persona moral pública, será necesario verificar si efectivamente tiene facultades para disponer de los bienes que se van a afectar y si el fin del fideicomiso entra en su esfera de competencia, aunque definitivamente cuando el fideicomiso lo constituye una persona moral pública podrán ser fideicomitentes:

- El Gobierno Federal
- El Gobierno de las Entidades Federativas
- Los Ayuntamientos de los Municipios

Por lo que respecta a los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal, la Ley Federal de Entidades Paraestatales que entró en vigor en el mes de Mayo de 1986, textualmente en lo conducente, su Artículo 41 dice: "La Secretaría de Programación y Presupuesto quien será el fideicomitente único de la Administración Pública Federal Centralizada ..."

Pero esto no quiere decir que la Secretaría de Programación y Presupuesto sea el fideicomitente por sí, sino que lo que sucede es que es el propio Gobierno Federal, el cual únicamente será representado por la S.P.P. en la constitución de los fideicomisos públicos.

b) Si el fideicomiso lo va a constituir una PERSONA MORAL PRIVADA, será necesario verificar lo siguiente:

- Si tienen la disposición de los bienes que va a afectar.
- Si el fin del fideicomiso entra dentro de su objeto social.
- Si la operación ha sido aprobada por los órganos competentes de la sociedad.

Esto significa que el fideicomitente no necesariamente debe ser propietario de los bienes fideicomitados, sino que hasta que tenga facultades necesarias para disponer de los bienes en la medida en que la creación del fideicomiso lo requiera, entre estos casos cabe mencionar al mandatario, el albacea, el tutor, el director, administrador o gerente de una sociedad.

Una vez que el fideicomiso ha sido constituido, opera la transmisión de los bienes en favor del fiduciario, para pasar a formar un patrimonio autónomo, es decir, el patrimonio fiduciario; y lo único que el fideicomitente tendrá en relación con dichos bienes, serán los derechos personales que expresamente se hayan reservado como lo veremos más adelante.

Es conveniente para entender mejor la institución de fideicomitente, precisar que el patrimonio fiduciario es un patrimonio autónomo integrado por los bienes o derechos afectados en fideicomiso; pero esta afectación será temporal, y con la limitación de que el fiduciario únicamente realice aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para cuya realización se haya destinado.

Por lo antes expuesto, se puede establecer que el fideicomitente pierde cualquier derecho que pudiera tener

sobre los bienes que ha fideicomitido, pues estos salen de su patrimonio, pasando a formar parte del patrimonio del fideicomiso que se constituye. Tal es la autonomía del patrimonio fiduciario, que al respecto la Ley de quiebras en su Artículo 8^o expresa: "Cuando la institución de crédito es declarada en quiebra automáticamente el fideicomiso se extingue, o bien deberá removerse el fiduciario por lo tanto pueden ser separados de la masa de la quiebra los bienes dados en fideicomiso". Pero como veremos enseguida, el fideicomitente puede reservarse ciertos derechos.

A) DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE

Siendo el FIDEICOMITENTE el elemento personal más importante de la relación fiduciaria, no podía pasar por alto el análisis de sus derechos y obligaciones que entran en juego para el buen funcionamiento de ésta institución jurídica.

Sus derechos debido a su actividad se resumen en los siguientes:

1. Señala y establece los fines del fideicomiso, así lo establece el Artículo 346 de la L.G.T.O.C. Su finalidad podrá ser cualquier actividad, pero esta deberá ser siempre lícita, posible y determinada (Artículo 347 del mismo ordenamiento).

2. El Artículo 351 del citado ordenamiento expresa que el fideicomitente podrá ejercitar todos aquellos derechos y acciones necesarios para realizar el fin del fideicomiso; pero el mismo precepto hace excepción respecto a aquellos derechos que expresamente se reserve y que se deriven del fideicomiso, como son:

a) El revocar el fideicomiso.

b) El de designar un Comité Técnico, si es que este no lo designó en la constitución del fideicomiso.

El Comité Técnico es un órgano discrecional y potestativo, aún en los fideicomisos públicos. Es un cuerpo colegiado designado en el acto constitutivo de un fideicomiso, por el fideicomitente o bien por los fideicomisarios, y puede estar integrado por un representante propietario y un suplente del fideicomitente e igual número de representantes del fiduciario e idéntico número de representantes del fideicomisario; estos representan respectivamente a sus intereses que no siempre son comunes aún cuando el fondo de la finalidad sea de dar las mejores normas de conducción y administración del fideicomiso, aunque es de expresarse que no existen disposiciones legales que señalen el número de sus integrantes que lo conforman, ni un mínimo ni un máximo.

La única norma expresa que regula al Comité Técnico, es el Artículo 61, párrafo 3º de la L.R.S.P.B.C., pero esto es en cuanto a su establecimiento, pero no en cuanto a su función y facultades, pues estas en realidad están establecidas en los contratos, usos y costumbres bancarias que en este caso han sido generadores de derecho. Entre sus facultades encontramos que a parte de ser un órgano asesor en la distribución de fondos, toma decisiones que a mi modo de ver constituyen actos de administración y en algunos casos de dominio, es decir de disposición de bienes; de acuerdo a las instrucciones recibidas por parte del fideicomitente.

Conforme al uso bancario en nuestro país no se constituyen fideicomisos con comités técnicos a diestra y siniestra, es decir, no en cada fideicomiso existe un comité técnico

sino sólo en aquellos cuyo manejo se haga necesario y cuyo patrimonio fiduciario sea de tal manera importante que el fideicomitente considere conveniente el establecer este comité técnico.

Es de comentar que el comité técnico impone cargas administrativas y de costas a la operación de fideicomisos, a menos de que la membresía de los representantes del fideicomitente, fideicomisario y fiduciario, fuera meramente honoraria, los miembros del comité técnico devengarán honorarios que por otra parte estarán perfectamente justificados porque se trata de un trabajo calificado, que deberá ser remunerado mediante el pago de honorarios que se fijarán de acuerdo con el uso bancario, ya sea por anualidades o por asistencia a cada sesión del comité técnico.

El comité técnico no tiene ninguna jerarquía dentro de la institución fiduciaria, en consecuencia, en ciertos casos la fiduciaria puede negarse a cumplir las decisiones del comité técnico si estas implican incumplimiento de leyes, exceso de uso de las facultades del propio comité o violación del pacto fiduciario, situación que incluso ésta reconocida en el Decreto Público en el Diario Oficial del 27 de febrero de 1979. (Artículo 9^o, 2^o párrafo), que ordena a los fiduciarios que en casos supuestos, se abstengan de acatar las resoluciones del comité técnico.

Responsabilidad del Comité Técnico: no existen normas que establezcan responsabilidad al comité técnico por los acuerdos que tome o las decisiones que adopte, en este caso, estimamos que existe una laguna legal que además se agrava por el hecho de que no hay precedentes jurisprudenciales, por eso es que el comité técnico sólo acata y cumple las instrucciones del fideicomitente.

Por otro lado, debemos tomar en cuenta que si el fiduciario acata las instrucciones del comité técnico, queda liberado de toda responsabilidad según la ley. (Artículo 61 tercer párrafo de la L.R.S.P.B.C.)

c) El de pedir cuentas a la institución fiduciaria.

d) El de exigir responsabilidad a la institución fiduciaria para el caso de que los bienes, materia del fideicomiso, sufran daños y perjuicios por falta de cumplimiento en las condiciones y términos señalados por el mismo, etc.

Estos dos últimos derechos a que hemos hecho referencia, también podrán ser ejercitados por el fideicomisario o en todo caso a sus representantes legales y a falta de estos, al Ministerio Público, a menos que el fideicomitente se haya reservado estos derechos, (Artículo 65, 2º párrafo de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito).

3. También podrá designar una o varias instituciones fiduciarias, tal como lo prevé el párrafo 3º del Artículo 350 de la Ley sustantiva y que a la letra dice: "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 sustituirse".

4. Podrá así también, remover a la institución fiduciaria para el caso de que esta sea requerida solicitándole cuentas de los bienes que se han fideicomitado y no las rinda en un plazo de 15 días hábiles, o bien porque sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas ó menos caso que sufran los bienes afectados en fideicomiso. (Artículo 65, 1º y 2º párrafos de la Ley Bancaria).

Asimismo, el Artículo 83 de la Ley de Quiebras expresa: "Cuando la institución de crédito es declarada en quiebra, automáticamente el fideicomiso se extingue o bien deberá removerse el fiduciario, por lo tanto pueden ser separados de la masa de la quiebra, los bienes dados en fideicomiso".

5. Puede también obtener para sí o para sus herederos la devolución de los bienes, objeto del fideicomiso a la extinción de éste, siempre y cuando no se les haya asignado a dichos bienes, un ulterior destino. (Artículo 357 de la Ley Sustantiva).

6. Podrá obtener los beneficios del fideicomiso si de acuerdo con el Artículo 347 de la multicitada ley, se designó así mismo fideicomisario.

7. El fideicomitente también podrá designar fideicomisario o fideicomisarios, o bien, reservarse este derecho para ser designado posteriormente. El fideicomiso puede constituirse sin nombrar fideicomisario, toda vez que el fideicomiso será igualmente válido si se designó o no se designó este, pues el único requisito que señala la ley para que éste sea válido es "que el fin sea lícito, posible y determinado". (Artículo 347 de la Ley Sustantiva).

En caso de que el fideicomitente haya designado fideicomisario o fideicomisarios, deberá indicar en que forma recibirán el provecho del fideicomiso, ya sea simultánea o sucesivamente, con excepción de que la sustitución de fideicomisario no deberá ser por muerte del anterior, pues en nuestro derecho la sustitución fideicomisaria está prohibida, salvo el caso de que se realice en favor de personas que están vivas. (Artículos 348 en relación al 359 del mismo ordenamiento).

B) OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE

El fideicomitente no sólo tiene derechos en la relación fiduciaria, sino que también tiene obligaciones, las cuales se resumen en las siguientes:

1. "La principal obligación a cargo del fideicomitente consiste en transmitir al fiduciario los bienes y derechos, materia del fideicomiso. Así mismo, el fideicomitente está obligado al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve" (85).

2. Reembolsar los gastos que origina la constitución del fideicomiso y la administración del mismo.

3. Responder del saneamiento para el caso de evicción ya que la constitución del fideicomiso implica un acto traslativo de dominio (86).

2. EL FIDUCIARIO

El fiduciario es otro de los elementos personales del fideicomiso y sin cuya intervención jamás se podría formalizar la operación y mucho menos ejecutar, por eso es que

(85) Villagordea Lozano José Manuel. Ob. cit. pág. 164.

(86) "Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición" (Artículo 2119 del C.C.).

"Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción aunque nada se hay expresado en el contrato" (Artículo 2110 del mismo ordenamiento).

el fiduciario es considerado como un elemento personal importante dentro de la relación fiduciaria.

Al decir que el fiduciario es un elemento personal del fideicomiso, no nos estamos refiriendo a una persona física, sino a una persona moral que presta su servicio al público. Esta es una marcada diferencia entre el fideicomiso actual y el trust anglosajón, en donde el trustee podía ser una persona física.

Una vez transcurrida la etapa de creación del fideicomiso, donde la declaración de voluntad del o de los fideicomitentes, es el movi principal para su constitución; pasamos plenamente a la etapa de cumplimiento y ejecución en cuyo transcurso ocupa el papel activo dominante el fiduciario. Seguramente por ello, la función del fiduciario se prolonga en el tiempo más allá que la declaración del fideicomitente; con frecuencia más allá que la vida misma del creador.

En la práctica entre las funciones que se le han atribuido al fiduciario, encontramos la de prolongar los efectos de la voluntad del fideicomitente, aún después de su muerte. Por eso, es que el fideicomiso se asemeja tanto a las disposiciones testamentarias, sobre todo el fideicomiso que se constituye en previsión de la muerte del fideicomitente.

En fin, el fiduciario deberá ejecutar y cumplir el negocio conforme a la voluntad del creador, tal y como haya quedado expresada en el acto constitutivo, sujetándose a las reglas que establece nuestro sistema jurídico aplicable, con el propósito de cumplir un encargo, una voluntad ajena, que es la del fideicomitente.

A. PERSONAS QUE PUEDEN SER FIDUCIARIOS

En los últimos años nuestra legislaciones bancarias han sido constantemente modificadas y hasta derogadas; más sin embargo, a nuestros legisladores se les ha olvidado aclarar el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra dice: "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito".

Cabe señalar que la ley a que hace referencia el mencionado artículo ha sido derogada y sustituida por LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO (pública-da en el D. O. el día 14 de enero de 1985 y entra en vigor al día siguiente de su publicación), esto en razón de la transformación Jurídica resentida en nuestro sistema jurídico bancario al expropiarse las instituciones de crédito para pasar hacer INSTITUCIONES NACIONALES DE CREDITO, y de esta manera ser reguladas por la mencionada ley reglamentaria.

Para complementar nuestra idea es necesario hacer mención a lo que establece el artículo tercero transitorio de la nueva Ley Bancaria y textualmente dice: "Cuando las leyes y disposiciones administrativas hagan referencia a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones auxiliares, o a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, se entenderá que se hace para esta ley, en la materia que regula.

De lo anterior, y a raíz de la nacionalización de la Banca Privada, tenemos que:

Ahora el Estado presta el Servicio Público de Banca y Crédito con total apego a lo preceptuado por el párrafo

1º y 5º. del Artículo 28 Constitucional.

"Artículo 28 Constitucional. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopolísticas...Párrafo V. Se exceptúa de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este Artículo la prestación DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO. ESTE SERVICIO SERA PRESTADO EXCLUSIVAMENTE POR EL ESTADO A TRAVES DE INSTITUCIONES EN LOS TERMINOS QUE ESTABLEZCA LA CORRESPONDIENTE LEY REGLAMENTARIA, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y al funcionamiento de aquellas en apoyo de las políticas de desarrollo Nacional. EL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO NO SERA OBJETO DE CONCEPCIONES A PARTICULARES".

Como podemos darnos cuenta, nuestro Sistema Bancario ha quedado en manos del Estado y regulado por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, misma que en su Artículo 2º. expresa: "El servicio público de Banca y Crédito será prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de Sociedad Nacional de Crédito en los términos de la presente Ley..."

La propia ley en su artículo 9º. nos define a las Sociedades Nacionales de Crédito y a la letra dice: "Las sociedades nacionales de crédito son Instituciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Tendrán duración indefinida y domicilio en territorio Nacional. Serán creadas por decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de la presente Ley.

La Ley en estudio, señala en su artículo treinta que: "Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: ... Fracción XV. Practicar las opera-

ciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Instituciones de Crédito..."

De lo anterior se deduce que: Sólo las Instituciones Nacionales de Crédito podrán desempeñar en forma legal las funciones de fiduciario. En consecuencia, podemos afirmar, que en México el desempeño de fideicomisos es una función bancaria, siendo el fiduciario un fiduciario institucional, toda vez, que son estas las únicas autorizadas para prestar el servicio público de banca y crédito, además de que están sujetas al control y vigilancia del Estado. La vigilancia a que se ha hecho referencia, será encomendada a la Comisión Nacional Bancaria, órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que ha adoptado medidas de carácter preventivo y correctivo a que quedarán sometidas las instituciones Nacionales de Crédito.

Como podemos darnos cuenta, las instituciones fiduciarias se encuentran rodeadas de un máximo de seguridad para el desempeño de sus funciones toda vez que son las indicadas para el desempeño de dicho papel por su gran preparación técnica para el manejo de capitales ajenos, así como la solvencia económica con que cuentan.

Ahora bien, de todo lo antes expuesto podemos definir al fiduciario como: "La persona que tienen la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. El Fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente" (87)

(87) Serrano Trasviña, Jorge, Ob.cit. pág. 369.

PERSONAS QUE PUEDEN DESIGNAR FIDUCIARIO, EN NUESTRO DERECHO

En nuestro Derecho Positivo existen diversas posturas para la designación del fiduciario. Entre las más sobresalientes, es que sin duda, el fideicomitente creador del negocio, tiene la facultad de designar al fiduciario cuando se ha reservado este derecho, para que se encargue de hacer la afectación patrimonial, con la limitación de que, éste siempre la desempeñará una Institución de Crédito, como lo prevee el artículo 83 de la Ley Reglamentaria.

"Artículo 83. Las palabras banco, crédito, ahorro, FIDUCIARIO u otras que expresen ideas semejantes en cualquier idioma, por las que se pueda inferir el ejercicio de la banca y del crédito, no podrán ser usadas en el nombre de personas morales y establecimientos distintos de las Instituciones de Crédito..."

En ocasiones suele suceder, que por omisión, el fideicomitente se abstenga de designar al fiduciario, o bien se reserve este derecho para que posteriormente lo designe. En éste respectivo caso el fideicomiso existirá, pero será ineficaz mientras no se designe al fiduciario ejecutor.

Así también puede suceder que el fideicomitente al reservarse el derecho de designar fiduciario, nunca lo haga como suele suceder en ocasiones en los fideicomisos irrevocables, en este caso el fideicomiso queda en estado latente sin ejecución, por falta de ejecutor. Sin embargo, no es, éste el único caso en que el fideicomiso puede quedar latente sin ejecución, sino que también cuando dicha ejecución se encuentra sujeta a un plazo inicial o a una condición suspensiva, así pues, tenemos que el fideicomiso existe y es válido, pero su eficacia se encuentra suspendida.

En el caso concreto que postula la fracción III del artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, encontramos la anómala situación de un fideicomiso válido y existente; pero ineficaz o parcialmente ineficaz, por encontrarse sujeto a una condición suspensiva, toda vez, que como expresa el citado artículo, si la condición a que se ha hecho referencia se hace imposible o no se cumple en el término expresado el fideicomiso será nulo.

Ahora bien, si el fideicomitente se reserva el derecho de designar al ejecutor del fideicomiso, con esta acción está privando al fideicomisario de este derecho que le pertenece, y que si no lo ejerce este derecho, no podrá transmitirse al fideicomisario ex-lege y el fideicomiso se extinguirá por hacerse imposible su cumplimiento, ya que no existe quien pueda designar a la Institución fiduciaria.

Asimismo, el fideicomitente podrá nombrar al fiduciario mediante un representante como se explica a continuación:

Puede que el fideicomitente se abstenga de nombrar fiduciario en el acto de constitución del fideicomiso, pero se reserva el derecho de hacerlo y encomienda esa designación al Comité Técnico que integra, o bien a una persona de confianza, como también puede suceder que el fideicomiso se constituya mediante testamento y el fideicomitente testador designe en su testamento a una persona para que en su carácter de ejecutor testamentario especial, designe a una Institución que vaya a cumplir la tarea de fiduciario.

Obviamente, si la delegación de la función se calificará como mandato, la relación se extinguiría con la muerte del mandante. Tal sería el caso en el primer supuesto en el que el fideicomitente, por una simple delegación, encomienda

a otra persona o grupo de personas, el nombramiento del fiduciario. En cambio, si el encargo se hace en testamento y, en función de un cumplimiento posterior a la muerte del testador y fideicomitente, entendemos que la persona a quien se le confiere la facultad de designar fiduciario es un albacea o ejecutor especial, de los previstos en los artículos 1691, 1701, 1702, 1703 y demás relativos del Código Civil.

De lo anterior concluimos que: El derecho de nombrar fiduciario corresponde directamente al creador del fideicomiso y en su ausencia, tal derecho corresponderá a la persona que ha designado para ejercitarlo, y aún muerto el fideicomitente, puede ejercitar el derecho mediante el ejecutor especial designado para ese efecto.

También el fideicomisario puede, en un momento dado designar al fiduciario para que haga la afectación patrimonial, esto siempre y cuando el fideicomitente no se reserve el derecho de hacerlo posteriormente o bien no haya designado persona alguna para que lo haga, en caso de su muerte entonces estaremos a lo que establece el párrafo 2º del Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. El derecho de nombrar al fiduciario pasa al fideicomisario o, en caso de pluralidad de ellos al conjunto de fideicomisarios, cuya voluntad colectiva se determinará de acuerdo con la regla contenida en el párrafo tercero del Artículo 348 de la citada Ley.

Si al constituirse el fideicomiso no se designare fideicomisario, o bien se designa pero se niega expresamente a ejercer el derecho que el citado Artículo le concede. La solución a esta situación la da el texto del Artículo que se comenta, y asimismo expresa, que en último de los casos el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes nombrará a la institución fiduciaria para que

ejecute el fideicomiso.

Al igual que al fideicomitente, al fiduciario también se le atribuyen ciertos derechos y obligaciones sobre el patrimonio fideicomitado.

B. DERECHOS DEL FIDUCIARIO

Para que la institución fiduciaria pueda funcionar plenamente como tal; se le transmitirá el dominio total de los bienes materia del fideicomiso en los que ejercerá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del mismo; a excepción de las limitaciones que se establezcan al constituirse dicho fideicomiso. (Artículo 356 de la LGTOC).

Los derechos del fiduciario, conforme al Artículo expresado se resumen en los siguientes:

1. tendrán todas las facultades que se señalen en el acto constitutivo del fideicomiso y que por la transmisión total de los bienes al fiduciario podrá realizar actos de dominio, tales como enajenar, permutar, hipotecar, transferir propiedad; podrá también realizar actos de administración como obtener crédito y gravar en su caso, arrendar, hacer reparaciones y mejoras; asimismo tendrá facultades para pleitos y cobranzas para actuar en los juicios relativos al fideicomiso, esto quiere decir, que tendrá facultad para deducir todas las acciones que se deriven del desempeño de su cargo relacionados con el patrimonio fideicomitado, puesto que de otra manera si no defendiera tal patrimonio en caso de conflicto faltaría al cumplimiento de su obligación de un buen padre de familia.

2. Cobro de honorarios. Es una facultad que no

se encuentra establecida en ninguna Ley; pero por lógica se entiende que el fiduciario tiene derecho a percibir emolumentos por su actividad.

El Banco de México, es el organismo facultado para fijar el máximo de las percepciones que las fiduciarias deben recibir por el desempeño de sus funciones. La remuneración de la fiduciaria será variable, en razón del importe líquido y efectivo que integren el patrimonio fiduciario, pero siempre habrá un tope que la fiduciaria reciba como remuneración de su actividad.

3. Como fiduciarias, también tienen facultad de hacer propaganda y publicidad a su servicio, conforme a los lineamientos, objetivos y reglas de carácter general que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (Artículo 74 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito).

Estos son los derechos de que goza la Institución fiduciaria a fin de desempeñar su actividad plenamente.

C. OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

El fiduciario, no sólo tiene derechos por la aceptación del cargo, sino que también contrae obligaciones, toda vez, que con dicha aceptación contra un deber jurídico, que deberá cumplir ante el fideicomitente, fideicomisarios y terceros interesados; ambas personas podrán exigir el cumplimiento de dichas obligaciones.

De acuerdo con nuestra Ley Bancaria y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las obligaciones del fiduciario son las siguientes:

1. Ajustarse a los términos y condiciones que se pacten en el acto constitutivo del fideicomiso; de no ser así, la fiduciaria incurrirá en responsabilidad civil, y por lo tanto deberá reparar los daños y perjuicios ocasionados por su negligencia. (Artículo 61 Párrafo 2o de la LRSPBC).

Así mismo la fiduciaria también incurrirá en responsabilidad administrativa, por incumplimiento ó violación de las normas establecidas por la Ley Bancaria; la sanción será establecida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien tomará en cuenta las medidas correctivas aplicables por el Banco de México (Artículo 86 y siguientes de la Ley Bancaria).

Sólo en dos casos el fiduciario puede apartarse de las instrucciones del fideicomitente:

"1o. Cuando siendo lícito el fin, los mecanismos de ejecución sean contrarios a derechos, ya porque violen normas jurídicas o porque se conviertan en ilegales por variación posterior de las normas jurídicas aplicables.

"2o. Cuando las instrucciones del fideicomitente, respecto a las formas de cumplimiento sean o se vuelvan inadecuados u opuestos al cumplimiento del fin del fideicomiso" (88).

2. Aceptación del cargo. La Institución fiduciaria deberá aceptar el cargo y no podrá rehusarse, sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio; pues no bastará con la simple no aceptación

(88) Krieger Vázquez, Emilio, Notas Sobre Fideicomiso. Pág. 133.

para librarse de su obligación. (Artículo 356 de la Ley Adjetiva).

El cargo lo desempeñará la fiduciaria a través de sus delegados fiduciarios (Artículos 61 de la Ley Reglamentaria); pero debemos hacer notar que el presente Artículo es omiso respecto a la responsabilidad en que estos funcionarios bancarios puedan incurrir respecto a su mal desempeño; anteriormente el Artículo 45 fracción IV de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares expresaba, que las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares expresaba, que las Instituciones de Crédito habrían de responder directa e ilimitadamente por el desempeño de los delegados fiduciarios sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que estos incurran. Actualmente la presente Ley Bancaria es omisa respecto a lo comentado; pero en la práctica los delegados fiduciarios son sancionados de acuerdo el Título Cuarto, Capítulo Tercero de la Ley Bancaria e inclusive serán sometidos a las autoridades competentes, si la falta así lo requiere.

"Los delegados fiduciarios; son funcionarios que la institución designa para atender los fideicomisos, siendo libremente elegidos por la fiduciaria; pero ese nombramiento debe ser confirmado por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros; organismo que tiene facultad de vetar, aceptar o remover de su cargo a los delegados fiduciarios" (89).

3. La fiduciaria deberá mantener y conservar los bienes fideicomitidos; es decir, el fiduciario debe de cuidar

(89) Peñalosa Santillán David, El fideicomiso Público Mexicano, Editorial Cajica, S.A.; Puebla, México 1983. Pag. 270.

el patrimonio que se le encomienda sin que pueda aprovecharse en su beneficio propio ni disponer libremente de esos bienes ya que siempre estará constreñido de obrar de acuerdo a las instrucciones establecidas en el fideicomiso o en la Ley.

El Maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, (90) al respecto manifiesta que "el fiduciario asume la obligación de conservar los bienes y derechos recibidos en su integridad material". Pero es de comentarse que aquellos derechos y obligaciones que se le atribuyen al fiduciario se pueden precisar en cada caso concreto teniendo en cuenta, por una parte, la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que constituyen la materia del fideicomiso y por la otra, los fines que se persigan con dicha operación. "No son las mismas obligaciones del fiduciario, cuando la materia del fideicomiso la forman bienes inmuebles, que cuando se afectan derechos personales del fideicomitente. El fiduciario no asume las mismas obligaciones en un fideicomiso de garantía, que en un fideicomiso que tenga como fin liquidar el pasivo de una persona determinada. En el primer caso, por ejemplo, el fiduciario puede vender los bienes fideicometidos únicamente en el supuesto de que el fideicomitente deudor deje de cumplir con la obligación principal garantizada a través del fideicomiso correspondiente en cambio, en el fideicomiso para liquidación de pasivo, debe establecerse, desde un principio que el fiduciario proceda a la venta de los bienes fideicometidos, para que con su producto pague a los acreedores del fideicomitente a las proporciones que corresponda" (91).

Estas sean contrarias al fin del fideicomiso, excedan

(90) Ob. cit. Pág. 538 y sigs.

(91) Ibidem.

de la esfera de facultades, o su decisión implique incumplimiento de leyes ó violación del pacto fiduciario. Con esto no queremos decir que el Comité técnico tiene jerarquía dentro de la Institución fiduciaria, ni tampoco, que está subordinada al primero, en consecuencia en ciertos casos el fiduciario puede negarse a cumplir decisiones del Comité técnico por las causas antes expresadas. Dicha facultad está reconocida por DECRETO publicado en el DIARIO OFICIAL de fecha 27 de febrero de 1979 (Artículo 9o., párrafo 2o.) que ordena a los fiduciarios, que, en casos supuestos, se abstengan de acatar las resoluciones del Comité técnico; toda vez que nuestra actual Ley Bancaria únicamente nos hace referencia respecto a su establecimiento, pero respecto a sus facultades y funciones; pues éstas en realidad están contenidas en los contratos, en los usos y costumbres bancarias, que en este caso han sido generadores de derecho.

Respecto a la responsabilidad que éste deberá tener, el Maestro Acosta Romero (92) manifiesta que "no existen normas expresas que establezcan responsabilidad al comité técnico por los acuerdos que tome o las decisiones que adopte"; en este caso estimamos que existe una laguna legal que además se agrava por el hecho de que no hay precedentes jurisprudenciales.

En resumen, las obligaciones del fiduciario pueden ser: de hacer, de dar y de no hacer. Dentro de las obligaciones de hacer se encuentran principalmente la de ejecutar los fines del fideicomiso; por lo que se refiere a las obligaciones de dar, pueden consistir en pagar al o a los fideicomisarios los beneficios del fideicomiso; y por último, las obligaciones

(92) Acosta Romero Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, S.A. México 1986 Pág. 399.

de no hacer comprenden las de abstenerse, de no hacer mal uso de los derechos transmitidos y de no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren (93).

El fiduciario de acuerdo con nuestro sistema jurídico, debe ser una Institución Nacional de Crédito, la que se convierte en titular de los derechos y bienes fideicomatidos, durante toda la vigencia del fideicomiso. Su obligación principal esta consignada en el Artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, misma que será cumplir con dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo.

D. PROHIBICIONES AL FIDUCIARIO

Para estudiar las prohibiciones que tienen las Instituciones de Crédito como fiduciarias, nos abocaremos directamente a lo que establece el Artículo 84 Fracción XVIII de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

"Artículo 84. A las Instituciones de Crédito les estará prohibido: ...Fracción XVIII. En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del Artículo 30 de esta Ley:

"a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar, mediante acuerdos de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses.

(93) Molina Pasquel Roberto, Los Derechos Del Fideicomisario, (Ensayo sobre su Naturaleza Jurídica), Editorial Jus México, 1946, pág. 179.

b) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores por los créditos que se otorguen, o de los emisores por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del Artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende,

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no producirá efecto legal alguno.

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se incertará en forma notoria este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocadamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión.

c) Utilizar fondos y valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones mediante los cuales reciban fondos destinados al otorgamiento de créditos, para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros de su consejo directivo, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; los servidores públicos de la institución; 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 conyuges de las personas citadas, o las sociedades en cuyas asambles tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones; y

"d) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores; o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años..."

3. EL FIDEICOMISARIO

El fideicomisario es la persona física o jurídica designada por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones, si se ha reservado este derecho para recibir el provecho y beneficio fiduciario. En un fideicomiso pueden designarse varios fideicomisarios. Igualmente, puede ser fideicomisario el propio fideicomitente.

En nuestro Derecho existen diversas disposiciones legales que permiten la existencia del fideicomisario como elemento personal del fideicomiso, ya sea una persona física o moral; o bien, un conjunto de personas determinadas. (Artículo 348. Párrafo I, y II, de la L.G.T.O.C.).

A. PERSONAS QUE PUEDEN SER DESIGNADAS FIDEICOMISARIOS

El artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que: "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica".

Por ser la capacidad jurídica en nuestro derecho

la regla general que sólo admite excepciones en virtud de norma expresa; en principio se podría afirmar que todo sujeto de derecho puede ser fideicomisario, pero más sin embargo, no podemos generalizar y decir que todos los sujetos de derecho pueden ser fideicomisarios, porque existen casos de excepción, así por ejemplo:

No podrá designarse fideicomisario a un extranjero cuando el fin del fideicomiso sea transmitir la propiedad de un inmueble ubicado en zona prohibida (Artículo 27 Constitucional Fracción I), en este caso, el fideicomisario únicamente podrá utilizar y aprovechar dichos bienes, pero no podrá constituir derechos reales sobre estos.

Otro caso de excepción, es el hecho de no poder designar fideicomisario a un extranjero, cuando el fin del fideicomiso consista en la prestación de un servicio público, sea o no concesionado, como es el transporte, la radio, la televisión, etc.

Entre estos enumerados casos, cabe mencionar algunos preceptos de nuestro ordenamiento civil que establece las excepciones a que hemos hecho referencia.

El artículo 1327 del ordenamiento expresado, regula la capacidad de los extranjeros y de las personas morales, para adquirir bienes por herencia. Dicho precepto dispone: "Los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o intestado; pero dicha capacidad tiene las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales.

Como podemos darnos cuenta dicho precepto limita

la capacidad de los extranjeros para heredar y a nuestro entender dicho precepto por analogía es aplicable a la capacidad jurídica que deberán tener los fideicomisarios.

Asimismo, el artículo 1328 del mismo ordenamiento atribuye incapacidad a los extranjeros para adquirir bienes por herencia, por falta de reciprocidad internacional, cuando conforme a las leyes de su país no puedan testar o por intestado dejar sus bienes en favor de ciudadanos mexicanos. Este precepto, también constituye un caso de excepción para que los extranjeros puedan ser considerados fideicomisarios en México toda vez que en algunos países el derecho de propiedad privada no existe, o existe pero en forma limitada como son respecto a los bienes de uso personal.

También cabe señalar dentro de estos mencionados casos los artículos 1316, 1321, 1322, 1323, 1324 y 1325, en cuanto establecen incapacidad para heredar y por lo tanto para ser fideicomisarios en un fideicomiso testamentario como lo veremos más adelante.

En fin, para ser fideicomisario se requiere:

1o. Que sea designado por el fideicomitente como beneficiario de los rendimientos y productos del fideicomiso constituido; además, a la persona que se designe como fideicomisario deberá estar viva o concebida al tiempo de la constitución del fideicomiso.

2o. Otro de los requisitos para que una persona pueda ser designada fideicomisario, es que, ésta deberá tener

la capacidad legal suficiente para ser titular de los derechos que la ley le otorga al ser designado fideicomisario, además de los que, el acto constitutivo le confiera al aceptar el beneficio fiduciario.

Y para el caso de que no exista fideicomisario determinado, o exista pero sea incapaz, estaremos a lo que establece el 2o párrafo del Artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos, que a la letra dice: "Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.

También es importante hacer referencia al hecho, de que el fideicomiso será igualmente válido, aún sin que se designe fideicomisario en el acto constitutivo, siempre que su fin sea lícito y determinado tal como prevé la Ley Sustantiva en su Artículo 347.

Así mismo, los artículos 348 y 359 Fracción II del citado ordenamiento, prevé la multitud de fideicomisarios, cuando se han nombrado varios para recibir simultanea o sucesivamente el provecho del fideicomiso.

Cuando en estos mencionados casos, deba consultarse la voluntad de los fideicomisarios, para dar solución a cierto detalle no previsto en el acto constitutivo del fideicomiso, se tomará por mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario.

Si por algún motivo la designación de uno de los fideicomisarios se declarare nual, esto no repercutirá en

en ninguna forma en la designación de los demás fideicomisarios, si la causa atañe individualmente sólo al afectado.

Ahora bien, tampoco existe impedimento para que el fideicomitente se declare así mismo fideicomisario.

B. DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

Una vez que hemos señalado las diversas situaciones que se pueden presentar en la designación del fideicomisario, o bien si este no se designe, pasaremos a tratar los derechos que se le atribuyen por la simple aceptación de ser beneficiario del fideicomiso, mismos que podemos precisar en la siguiente forma:

1. El fideicomisario tendrá la facultad de intervenir en las decisiones no previstas en el acto constitutivo, de conformidad con lo que establece el Artículo 348 párrafo 3o de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al expresar que de existir pluralidad de fideicomisarios, como suele suceder en ciertos casos, la fiduciaria deberá consultar la voluntad de cada uno de ellos en todo lo relativo al cumplimiento del fideicomiso y no esté previsto en el acto constitutivo y sus reformas. Las decisiones se tomarán a mayoría de votos, computados por representaciones y no por personas. En caso de empate decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario.

2o. El artículo 351 de la Ley sustantiva estima que los bienes que se dan en fideicomiso se consideran afectos al fin que se destinan, y por eso el fideicomisario no puede ser titular de un derecho real o de un gravamen que recaiga sobre ellos.

Pero mas sin embargo el artículo 355 de la citada ley le atribuye ciertos derechos como son:

a) Los que se le concedan en virtud del acto constitutivo;

b) El de exigir el cumplimiento del fideicomiso a la institución fiduciaria;

c) El de atacar la validez de los actos que esta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo de la Ley le correspondan;

d) El de reivindicar los bienes que a consecuencia de los actos mencionados en el inciso anterior hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

3. La misma ley concede al fideicomisario la facultad de convenir con el fideicomitente la extinción del fideicomiso, tal como lo prevé el Artículo 357. "El fideicomiso se extingue:

... Fracción V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y fideicomisario ...".

Por otra parte la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito establece en favor del fideicomisario ciertos derechos como son:

4. De acuerdo al Artículo 65 de la Ley en estudio el fideicomisario podrá:

- a) Pedir cuentas al fiduciario;
- b) Exigir responsabilidad a la Institución Fiduciaria;
- c) Así como también pedir la remoción del fiduciario.

Siguiendo la expresión del citado Artículo, dichas acciones también podrán ser ejercitadas por sus representantes legales y, a falta de estos, al Ministerio Público sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar estas acciones.

5. Cabe señalar como una acción en favor del fideicomisario el Artículo 95 de la L.G.S.P.B.C. al disponer que: "los usuarios del servicio público de banca y crédito podrán, a su elección, presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la federación o del orden común... Tratándose de diferencias que surjan respecto al cumplimiento de fideicomisos, solo conocerá de las reclamaciones que presentan los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios. La sola presentación de la reclamación que se prevé en este artículo interrumpe la prescripción".

El fideicomisario puede tener otros derechos que no se puedan determinar previamente, sino que resultan de la situación legal en que lo coloque la ejecución del fideicomiso. Entre estos cabe señalar los siguientes:

a) Facultad para transferir sus derechos de fideicomisario.

b) Derecho de revocar y dar por terminado anticipadamente el fideicomiso, si así se prevé en el acto constituti-

vo. Pero el beneficiario carece de esta facultad si con ello contraviene las cláusulas o el fin que se persigue.

c) Derecho a recibir los rendimientos o remanentes que queden después de la extinción del fideicomiso; salvo pacto en contrario.

En relación a todos los hechos que atañen al fideicomisario, el Maestro José Manuel Villagordoa Lozano (94) considera que si estos son analizados para estudiar su naturaleza jurídica, se llegaría a concluir que todos ellos son derechos personales. Por lo que se refiere al derecho de reivindicar los bienes fideicomitidos, que por actos excesivos o de mala fe del fiduciario, hayan salido del patrimonio del fideicomiso, debemos hacer un breve análisis para ver si se trata de una acción real, como es la reivindicatoria, o de una acción de carácter personal, como es la acción pauliana (95).

Si se tratara de una acción propiamente reivindicatoria, que según el Artículo 4o del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal compete su ejercicio "a quien no esta en posesión de la cosa de la cual tiene la propiedad...", entonces debemos sostener que el fideicomisario es propietario de los bienes fideicomitidos, por el contrario, nos encontramos que toda la doctrina es constante en reconocer que el fideicomisario no es dueño del patrimonio fideicomitado (96).

Esta acción reivindicatoria atribuida al fideicomisa-

(94) Ob. cit. Pág. 171 y sig.

(95) Molina Pasquel, Roberto, Ob. Cit. Pág. 165.

(96) Ibidem. Pág. 166.

rio por nuestra Ley, no es de carácter absoluto, erga omnes, sino relativo, pues únicamente se otorga al fideicomisario cuando por mala fe del fiduciario o por exceso de sus facultades enajena los bienes o derechos fideicomitidos, en detrimento del patrimonio del fideicomiso y además cuando dicha enajenación es contraria al cumplimiento de los fines del fideicomiso (97).

Por lo que se refiere a los efectos de la acción, observamos que tiende a que los bienes reivindicados se reintegren al patrimonio fideicometido y no al patrimonio del reivindicante (98).

Ahora bien, -continúa explicando Villagordoa-, si no se trata propiamente de una acción reivindicatoria, la única conclusión para ser la de encuadrar la naturaleza de esta acción dentro de las acciones personales.

No creemos que sea correcto calificar a esta acción del fideicomisario como una acción reivindicatoria útil, en vista de que se trata "de una acción con fundamento obligatorio y efectos reales..." (99) como concluye Rodríguez y Rodríguez.

En cambio, encontramos que esta supuesta acción reivindicatoria tiene mucha semejanza con la acción pauliana.

"En primer lugar se trata de una acción de protección al acreedor de obligación personal contra actos fraudulentos

(97) Villagordoa Lozano, José Manuel. Ob. Cit. Pág. 171.

(98) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, La Separación de los bienes en Quiebra Pág. 204.

(99) Ob. Cit. Pág. 204.

de su deudor; es una forma de atacar la válidez de los actos que el fiduciario comete en su perjuicio.

"En segundo lugar no se puede intentar contra el deudor mismo, sino se endereza propiamente en contra de quien haya adquirido los bienes por virtud del acto fraudulento del deudor, y en este sentido algunos autores que consideran erga omnes, la acción del fideicomiso, deberán aceptar que es erga omnes la acción pauliana.

"En tercer lugar, los efectos de la acción a estudio son idénticos a los de la pauliana en cuanto a que por virtud de la nulidad que se declara de la transmisión o enajenación, los bienes escapados del patrimonio del deudor (el fiduciario) le son restituidos sin entrar al patrimonio de los acreedores. En nuestro caso, no revierten al fideicomisario, ni entran a su patrimonio, sino al del fiduciario de donde escaparon. Se trata, como la pauliana lo es, de una acción tendiente a la reconstrucción del patrimonio del deudor..." (100)

La acción paulina no es una acción de nulidad porque sus efectos solamente tienden a ocasionar una ineficiencia sui generis, ya que una vez ejercitada sólo invalida a aquellos efectos que se opongan a los intereses del acreedor demandante y una vez satisfechos estos últimos el acto atacado recobra su plena válidez. Tampoco se trata de una acción de revocación ni de rescisión como sostiene algunos autores, (101) ya que la primera consiste en extinguir un acto jurídico por mutuo consentimiento de las partes que intervienen en su celebración, y la segunda se refiere a la acción que ejercita una de las

(100) Molina Pasquel Roberto, Ob. Cit. Pág. 168 y 169.

(101) Ibidem, Pág. 178. Este autor textualmente nos dice: "Creemos poder concluir que el llamado derecho de reinvidicar del fideicomisario, es sólo un derecho a revocar los actos del fiduciario que la perjudican".

partes contratantes para pedir la extinción del negocio jurídico de efectos recíprocos, fundando su petición en el cumplimiento de su contraparte. Ninguna de estas situaciones se presenta en el ejercicio de la acción pauliana. (102)

La acción pauliana "es una acción de naturaleza sui generis que produce... una ineficacia especial, sin que esto signifique la destrucción del acto en su totalidad, sino únicamente privación del efecto o efectos que perjudiquen a los acreedores y en la medida que sea necesario a satisfacer su interés" (103).

En este mismo sentido, Cosattini sostiene que "la acción pauliana produce, una ineficacia relativa porque el acto dispositivo del deudor que perjudica al acreedor que ejerce dicha acción, porque todos sus efectos con excepción de aquellos efectos recíprocos que afecten a sus intereses" (104).

En nuestro sistema legal, la acción pauliana se encuentra contenida en el Artículo 2163 del Código Civil Vigente cuando ordena que "los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito, en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos".

Como lo indica el precepto legal antes invocado, la acción pauliana es de carácter personal, pues únicamente compete al acreedor, cuyo deudor realiza actos fraudulentos

(102) Romero Sánchez, Manuel, La Revocación de los actos realizados en Fraude de acreedores, Editorial Porrúa Hnos. y Cía. México, 1941. Pág. 191.

(103) Idem. Pág. 188.

(104) Cosattini, Luigi, La Revoca Degli. Atti Fraudilenti. Cedam. Padova, 1939, Pág. 234.

con el fin de motivar su insolvencia.

La acción del fideicomisario que incorrectamente se designan en el Artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como de "reivindicar", no es otra acción que la acción pauliana, acción que produce una ineficacia relativa con efectos restitutivos para evitar los efectos fraudulentos o excesivos del fiduciario, en detrimento del patrimonio del fideicomiso.

Por lo que se refiere a los efectos de ambas acciones, diremos que son iguales, pues en estos dos casos, los bienes enajenados se reintegran al patrimonio de donde originalmente salieron (Artículo 2168 del Código Civil y 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

La acción del fideicomisario y la acción pauliana que hemos estudiado brevemente, son de carácter personal, en vista de que ambas se derivan de una relación jurídica entre acreedor y deudor; concretando esta situación dentro del fideicomiso, el fideicomisario es acreedor del fiduciario por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones a cargo de dicho fiduciario que se derivan del acto constitutivo del fideicomiso y que consisten en el ejercicio obligatorio de los derechos de que es titular, para el cumplimiento del fideicomiso.

Expuesto lo anterior concluimos que el llamado derecho de reivindicar del fideicomisario es una acción pauliana de carácter personal y restituable que produce una ineficacia relativa de los actos indebidos del fiduciario y no una acción real como es la reivindicatoria, toda vez, que el fideicomisario en ningún caso es, ni puede ser, propietario de los bienes fideicometidos, ni titular de los derechos afectos al fideicomi-

so, cuyo propietario o titular es el fiduciario, por la naturaleza misma de la operación que nos ocupa.

C. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

Para establecer las obligaciones del fideicomisario -según Villagorda Lozano- (105) DEBERA HACERSE LA SIGUIENTE DISTINCION:

"A) Cuando se trate de fideicomisos que se constituyan por declaración unilateral de voluntad; ya sea en vida o después de la muerte del fideicomitente, puede no establecerse ninguna obligación a cargo del fideicomisario. En algunas ocasiones pueden establecerse diversas cargas al fideicomisario, pero dichas cargas únicamente tendrán el carácter de una simple modalidad como lo tienen el legado submodo o en la donación onerosa.

"B) Cuando se trate de fideicomisos cuya constitución se realice con el acuerdo expreso del fideicomitente y fiduciario, el fideicomisario puede estar obligado a realizar la contraprestación convenida en el mismo acto constitutivo, como es el pago de honorarios y gastos al fiduciario.

"Con relación a este segundo grupo a que hemos hecho referencia es conveniente aclarar que el fideicomisario únicamente tendrá dicha obligación, en el supuesto de que el fideicomisario haya sido el encargado de designar a la institución fiduciaria o en todo caso, así se haya pactado en el acto constitutivo del fideicomiso".

4. EL OBJETO DEL FIDEICOMISO

El objeto. Es el elemento material que constituye al fideicomiso, se dice que es el elemento material, porque está constituido exclusivamente, por los bienes y derechos que integran el patrimonio fiduciario.

Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos siempre y cuando los bienes se encuentren dentro del comercio, y los derechos no sean de ejercicio personalísimo de su titular. (Artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Por lo que respecta a los bienes que van hacer objeto del fideicomiso, se requiere conforme a la ley común que:

- a) Existan en la naturaleza;
- b) Deben ser determinables en cuanto a su especie;
- c) Que se encuentren dentro del comercio. (Artículo 1825 del Código Civil Vigente).

Los bienes que no reúnan estas características, no podrán ser objeto de un fideicomiso.

Los bienes están fuera del comercio por su naturaleza misma, o bien por disposición de ley. Así tenemos que están fuera del comercio por su naturaleza los que no pueden ser poseídos por algún individuo exclusivamente como es el aire, la luz del día, etc., y por disposición de la Ley, los que ella declara irreductibles a propiedad particular entre estos cabe señalar el patrimonio de la familia, los bienes del dominio público como son un monumento arqueológico un yacimiento petro-

lero y demás que señale el artículo 2o. de la Ley General de Bienes Nacionales. Estos bienes forman el grupo que la doctrina denomina como 'inalienables' (Artículos 747, 748, 749 del Código Civil), es decir que no pueden ser objeto de un fideicomiso que implique enajenación.

En relación a los derechos que pueden ser objeto de un fideicomiso, estos no deberán ser estrictamente personales de su titular como son el derecho político al voto, los derechos de familia y las garantías individuales, etc.

Hay algunos bienes o derechos que no reúnen los requisitos mencionados y que no pueden ser transmitidos al fiduciario, por encontrarse afectos a algún gravamen a favor de tercero, y que para transmitirse al fiduciario deberán conservar dicho gravamen y además, se requiere el consentimiento expreso del tercero a favor de quien se encuentran afectos tales bienes o derechos.

El Artículo 351 segundo párrafo de la Ley GTOC., ordena que los bienes o derechos transmitidos al fiduciario se considerarán afectos al fin que se destinen, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto a tales bienes por el fideicomisario o por terceros con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

Por su parte el Artículo 354 de la multicitada ley expresa: "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

I. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;

II. Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso;

III. Si se tratare de cosa corpórea o de título al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria".

5. EL FIN DEL FIDEICOMISO

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito atribuye al fin del fideicomiso dos características con las que se pueden realizar todas las imaginables actividades jurídicas justificables plenamente con el artículo 346 de la citada ley, por ser este el que atribuye las características a que hemos hecho referencia y estas son:

- A) Licitud,
- B) Determinación.

El Artículo en cita señala: "...el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado..."

De acuerdo a lo establecido, es de comentarse que el fin del fideicomiso puede ser toda actividad jurídica, o bien un conjunto de actividades jurídicas, siempre y cuando estas sean lícitas y determinadas. Con esta amplísima visión, cualquier objetivo o conjunto de objetivos pueden entrar al fin del fideicomiso. Nada de lo que es humano lo es ajeno al fideicomiso, excepto la ilicitud; por eso, es que esa maravi-

llosa amplitud de metas posibles es lo que da al negocio jurídico que venimos estudiando tan extraordinaria gama de posibilidades prácticas de aplicación.

Señala la Ley de la materia en su Artículo 346 que "...el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, .."

Por ello podemos señalar que, una vez determinada la finalidad del negocio, a la cual se van a destinar los bienes y derechos fideicomitados, esa finalidad se independiza del sujeto creador, es decir del fideicomitente, se objetiviza y pasa a ser uno de los elementos esenciales del negocio jurídico y se convierte en el fin de fideicomiso. De tal manera que los últimos propósitos que el fideicomitente haya tenido en mente al constituir el fideicomiso y definir su finalidad son ajenos al derecho; a éste sólo le interesa el fin del fideicomiso tal como haya quedado plasmado en el acto constitutivo.

Así tenemos, que en ocasiones, el fin del negocio se cristaliza en beneficio de una sola persona; el fideicomisario. En el esquema típico del fideicomiso, una persona, el fideicomitente destina ciertos bienes para el beneficio de otra persona, el fideicomisario, y encomienda la realización de esa afectación patrimonial a una tercera persona, el fiduciario.

Sin embargo en nuestro sistema jurídico bancario, el fideicomisario puede no existir, porque quienes reciben el beneficio de la afectación patrimonial no resultan sujetos individualizados, ya sea porque el fideicomiso se establezca en beneficio de todo un género de sujetos, o bien porque la finalidad que se establece no se traduce en beneficio, directo

e inmediato, jurídicamente exigible frente al fiduciario. En el primer caso, resultan fideicomisarios todos los sujetos que reuniendo todos los requisitos impuestos, se acojan a los beneficios del fideicomiso. En el segundo caso, no llegarán nunca a precisarse los fideicomisarios, aunque haya sujetos que, de hecho, reciban los beneficios de la afectación patrimonial.

6. LA FORMA DEL FIDEICOMISO

Cuando hacemos referencia a la forma del fideicomiso, nos estamos refiriendo a la manifestación externa que debe revestir el negocio. Y al respecto el Artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito expresa: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso DEBERA SIEMPRE CONSTAR POR ESCRITO..."

Cuando el fideicomiso se constituye por acto entre vivos, este siempre será convencional, es decir, se establecerá por acuerdo expreso de las partes, debiéndose ajustar a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos de propiedad de los bienes que se den en fideicomiso. Así tenemos por ejemplo: una transmisión de valores al portador con fines de garantía o de otra índole, es suficiente que consta en contrato privado, que se otorgue con la intervención del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

Pero si el objeto del fideicomiso recae sobre bienes inmuebles que deberán transmitirse al fiduciario para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, deberá constar en escritura pública y para que tenga efectos contra tercero, el testimonio de la escritura pública deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del lugar en que los bienes estén ubicados (Artículo 353 de la LGTOC).

En cambio, cuando se trate de bienes muebles para que surta efectos contra tercero el fideicomiso, deberán cumplirse los requisitos previstos en el Artículo 354 de la Ley en cita.

"I. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;

II. Si se tratare de un título nominativo, desde que este se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso;

III. Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que esten en poder de la Institución fiduciaria".

Por lo que respecta a los fideicomisos que se constituyen mediante testamento, es obvio que dicho fideicomiso deberá sujetarse a las formalidades propias al tipo especial de testamento de que se trate. Y en virtud de ser objeto del presente trabajo en desarrollo, sólo nos resta decir que el tercero y último capítulo será para el estudio exclusivo de los fideicomisos que se constituyen mediante declaración unilateral de voluntad.

7. CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS

Después de haber estudiado los diversos elementos que constituyen al fideicomiso, pasaremos a estudiar las múltiples clasificaciones de que es objeto la operación que nos ocupa tomando como punto de partida los elementos a que hemos hecho referencia.

Sin embargo únicamente haremos referencia a los criterios de mayor importancia como son:

A. FIDEICOMISOS PUBLICOS Y FIDEICOMISOS PRIVADOS

El jurista David Peñaloza Santillán, (106) en su obra "El fideicomiso Público Mexicano", hace referencia al fideicomiso Público y Privado y al respecto expresa:

"El fideicomiso es privado, cuando quien lo constituye es una persona física o moral, de derecho privado".

Al hablar de la persona que constituye al fideicomiso, nos estamos refiriendo lógicamente al fideicomitente, quien como ya lo hemos señalado anteriormente; podrá ser una persona física o moral, o bien una persona de derecho público. Y así tenemos que:

Por lo que respecta a los fideicomisos públicos -el autor continúa manifestando- que debemos de tomar en cuenta que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el D. O. de la Federación de 29 de diciembre de 1976, en sus artículos primero, segundo y tercero, establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal; disponiendo que entre las entidades que componen la administración Pública Paraestatal, se encuentran los fideicomisos y en el Artículo 49 de la misma Ley, aclara que los fideicomisos a que ella se refiere son los establecidos por la Administración Pública centralizada y los que se creen con recursos de los organismos descentralizados, de

(106) David Peñaloza Santillán: El Fideicomiso Público Mexicano Editorial Cajica, S. A., Puebla, Puebla, México, 1983, Pág. 142 y sig.

empresas de participación estatal, de Instituciones Nacionales de Crédito, de organizaciones auxiliares nacionales de Crédito, de Instituciones Nacionales de Seguros y de fianzas, y de los propios fideicomisos .

"Estos fideicomisos además están sujetos a las reglas establecidas en el Decreto de 10 de enero de 1979, publicado en el Diario Oficial de la Federación, correspondiente al día 27 de febrero del mismo año, por lo que se establecen bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal".

"Continúa diciendo el autor. En tal virtud, por determinación expresa de la Ley, están perfectamente definidos los fideicomisos públicos en el ámbito federal.

Indudablemente que también deben ser considerados fideicomisos públicos, aquellos que sean constituidos por los gobiernos de los Estados y de los Municipios de la República, quienes en sus respectivos ámbitos también son personas morales de derecho público, conforme a las definiciones de la Ley, aunque no le sean aplicables las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, ni el decreto de 10 de enero de 1979, ya mencionados. Estos fideicomisos, se sujetarán a las disposiciones que al respecto hayan dictado o dicten los Gobiernos de los Estados o de los Municipios".

B. FIDEICOMISOS TRASLATIVOS.

Villagordoza Lozano, en su obra 'Doctrina General del Fideicomiso' los define como "aquellos que tienen como fin que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomisario o a la persona que este

señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos" (107).

"Operan los fideicomisos traslativos en aquellos casos en que se presentan algunas dificultades de carácter legal o de tipo práctico, para que se pueda realizar la operación mediante las formas tradicionales de negocios jurídicos traslativos, tales como la compraventa, la donación o la aportación de un socio a una sociedad" (108).

El autor Emilio Krieger (109) en su obra 'Manual del Fideicomiso Mexicano' -Opina al respecto- "que es dable pensar en fideicomisos no traslativos, en los cuales la facultad dominical permanece en el fideicomitente, fideicomisos traslativos de dominio en los que la facultad de dominio pasa del fideicomitente al fiduciario y fideicomisos traslativos de dominio en los que la mencionada facultad pasa directamente del fideicomitente al fideicomisario. Amén de las cosas en que el fiduciario, en cumplimiento del fideicomiso, transfiere en el momento oportuno, la facultad de dominio al fideicomisario mediante un acto jurídico especial, distinto a la Constitución misma del fideicomiso".

C. FIDEICOMISOS DE GARANTIA.

"Son aquellos que se constituyen para garantizar el cumplimiento de obligaciones contraídas por el propio fideicomitente o terceros" (110).

(107) Ob. cit., pág. 189.

(108) Idem.

(109) Krieger, Emilio; Manual del Fideicomiso Mexicano, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., México 1976, Pág. 85.

(110) Peñalosa Santillán, David, Ob. cit., Pág. 148.

"Por su naturaleza, estos fideicomisos siempre son accesorios de una obligación principal y su objeto o fin primordial, es que el fiduciario conserve la titularidad de los bienes que constituyen el patrimonio del fideicomiso y, en caso de que no se cumpla la obligación garantizada, proceda a la venta de los bienes y con su producto, se haga pago al acreedor quien generalmente, es el fideicomisario" (111).

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, hace referencia a los fideicomisos de garantía, y al respecto establece en su Artículo 64: "en los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará, el procedimiento establecido por el Artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición de fiduciario, para dar cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones".

Por su parte el Artículo 341 de la LGTOC a la letra dice: "El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada.

"De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo.

"Si el deudor no se opone a la venta en los términos dichos, el juez mandará que se efectúe al precio del mercado, y por medio de corredor o de dos comerciantes con establecimiento abierto en plaza. En caso de notoria urgencia, y bajo

(111) IDEM.

la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor.

"El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberán extender un certificado de ella al acreedor.

"El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos".

D. FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACION

El autor Villagordoa Lozano (112) los define diciendo; -"Son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitidos que le señala el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario".

Así también expresa que en este tipo de fideicomisos encontramos dos actividades fundamentales que pueden presentarse en la práctica, y además los diferencian de los demás fideicomisos.

"a) La actividad de inversión que consiste en que el fiduciario adquiera, con cargo al patrimonio fideicomitado, los bienes que le señale el fideicomitente.

"b) La actividad de administración propiamente dicha, que consiste en que el fiduciario como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y conservación de los bienes que integran dicho patrimonio, efectúe el cobro

(112) Ob. Cit. Pág. 204.

de los productos, y transmite dichos productos al fideicomisario".

Pueden ser materia de estos fideicomisos cualquier especie de bienes o derechos, excepto los de ejercicio extrínsecamente personal, siempre que sean productivos en sí mismos o susceptibles de producir un rendimiento, como lo son los bienes inmuebles, los valores o el dinero. Entre estos cabe mencionar lo que establece el inciso d) de la fracción XVIII, del Artículo 84 de la LRSPBC, y que se refiere a las prohibiciones que tienen las instituciones de crédito.

"Artículo 84. A las instituciones de crédito les estará prohibido:

... d) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la adquisición exeda del plazo de dos años".

E. FIDEICOMISOS DE INVERSION

Son aquellos fideicomisos en los que el fiduciario adquiere con cargo al patrimonio del fideicomiso, los bienes que le señale el fideicomitente.

F. FIDEICOMISOS ONEROSOS Y GRATUITOS

Para la mejor comprensión de la clasificación en estudio, hare mención a lo que el Código Civil establece al respecto, y así tenemos que el artículo 1837 especifica; "Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechosos y gravá-

menes recíprocos; y gratuito aquel, en que el provecho es solamente de una de las partes".

Por lo tanto, podríamos decir que los fideicomisos onerosos son aquellos en donde el fideicomitente establece a su favor o de un tercero una determinada contraprestación a cargo del fideicomisario.

Y los fideicomisos gratuitos, serán aquellos en que los beneficiarios del fideicomiso reciben el provecho de este, libre de toda carga que en un momento dado se pudiera imponer, es decir a título gratuito.

G. FIDEICOMISOS REVOCABLES Y FIDEICOMISOS IRREVOCABLES

Entre los derechos que tiene el fideicomitente encontramos el de revocar el fideicomiso, si es que se reservó esta facultad en el acto constitutivo; y opera principalmente, cuando el fideicomitente se designa a sí mismo como fideicomisario, o bien cuando el fideicomiso que es a título gratuito; en otras palabras la revocabilidad del fideicomiso es consecuencia del acto gratuito.

De tal manera que podemos señalar:

El fideicomiso es revocable, cuando el fideicomitente en el acto constitutivo, se ha reservado este derecho.

Ahora bien, el fideicomiso irrevocable, es equiparado a los fideicomisos onerosos, toda vez, que el fideicomiso se constituirá con el fin de recibir una contraprestación o beneficio, y está será la causa principal para que el fideicomitente no pueda revocar o modificar el fideicomiso, de lo contrario lesionaría los derechos del fideicomisario.

Así tenemos que:

El fideicomiso será irrevocable, cuando el fideicomitente no se reserve este derecho, o bien, cuando así se establezca en el acto constitutivo.

H. FIDEICOMISO CONDICIONALES

Como su nombre lo indica, son aquellos en los que el fideicomitente sujeta sus efectos a una condición ya sea suspensiva o resolutoria.

I. FIDEICOMISOS DE HERENCIA

Se llama fideicomiso testamentario o de herencia al que se constituye sujetando sus efectos a la muerte del fideicomitente; ya sea que el fideicomitente lo constituya por acto entre vivos o por testamento.

8. PROHIBICIONES Y NULIDADES DE FIDEICOMISO

Por lo que se refiere a los fideicomisos prohibidos, haremos referencia a los que expresamente establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Quedan prohibidos:

a) Los fideicomisos secretos. (Artículos 359 Fracción I).

b) Aquellos fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior. (Artículo 359 Fracción II)

c) Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de origen público o institución de beneficencia. Sin embargo pueden constituirse fideicomisos 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).

d) Aquellos cuyo fin sea ilícito o indeterminado. (Artículo 346 y 347).

e) Aquellos fideicomisos que se constituyan en favor del fiduciario. (Artículo 348).

f) Aquellos fideicomisos que se constituyan en fraude de terceros (Artículo 351).

Por lo que se refiere a la NULIDAD de la Institución, cabe hacer mención a lo que expresamente dispone el artículo 81 del Código de Comercio, mismo que a la letra dice: "Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones de Derecho Civil a cerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos".

En consecuencia, y siguiendo la idea del artículo transcrito, nos remitimos al Título Sexto, Primera Parte, Libro Cuarto del Código Civil Vigente en el distrito Federal; para tratar de explicar tanto la inexistencia como la Nulidad del Fideicomiso. Como podemos darnos cuenta, el Código Civil será la Ley Supletoria en el punto que nos ocupa, después de lo que dispone la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y demás relativas.

En cuanto a la inexistencia, el artículo 2224 en relación con el 1859 del CCV en el D.F. hacen referencia a la inexistencia del acto jurídico por falta de consentimiento o de objeto que en un momento dado pudieran ser materia del mismo. Esto quiere decir que tanto el objeto como el consentimiento son los elementos esenciales para la constitución de un acto jurídico, además de estar señalados en el Artículo 1794 del citado ordenamiento.

La última parte del artículo 2224, hace referencia a las características legales del acto inexistente, mismos que desglosamos en la siguiente forma:

- "a) No es susceptible de valer por confirmación;
- "b) Ni por prescripción;
- "c) Su inexistencia puede invocarse por todo interesado"

Por lo que respecta a la Nulidad, el artículo 1795 del CCV expresa: "El contrato puede ser invalidado":

"I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

"II. Por vicios del consentimiento;

"III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;

"IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece".

La nulidad de un acto se reconoce en que uno de sus elementos orgánicos: voluntad, objeto, forma, se ha realizado imperfectamente, o en que el fin que perseguían los autores

del acto esta sea directa o expresamente condenado por la ley, sea implícitamente prohibido porque contraría al buen orden social. (113).

Ahora bien, en nuestro Código Civil existen dos tipos de nulidad; la nulidad absoluta y nulidad relativa, y al respecto el Artículo 2225 expresa: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce la nulidad, ya sea absoluta, ya relativa según lo disponga la Ley".

La nulidad absoluta, reside en la violación de una regla de orden público, priva al acto de todo efecto, puede invocarse por cualquier interesado, no es susceptible de desaparecer ni por confirmación ni por prescripción (Artículo 2226).

La nulidad relativa es producida por la falta de forma establecida por la ley, sino se trata de actos solemnes, así como de error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, en los términos del artículo 2228 del ordenamiento en cita.

Por último diremos que las nulidades absolutas y relativas coinciden en que una vez pronunciadas, el acto que era atacado es integral y retroactivamente destruido (114).

Con esta breve reseña sobre las nulidades que existen en nuestro Código Civil, señalando puntos fundamentales y básicos, estimamos que son necesarios y suficientes para la mejor comprensión del tema a tratar sin profundizarlos al respecto porque nos saldríamos del estudio que nos ocupa la presente tesis.

(113) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1977, pag. 131
(114) ídem.

Enfocando el pequeño estudio que se hizo sobre la inexistencia y nulidad del acto jurídico al fideicomiso; diremos que el fideicomiso, en cuanto a su constitución no es un contrato, pero más sin embargo la remisión que hace la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al Código de Comercio y este a su vez al Código Civil por lógica hemos de expresar que el fideicomiso será inexistente cuando el fideicomitente aún no haya manifestado su voluntad; es decir si no hay voluntad no hay fideicomiso. Otra de las causas por la que el fideicomiso pueda ser inexistente es por la falta del objeto en el negocio jurídico, así también puede ser inexistente porque el negocio no llene los requisitos de forma requeridos para su constitución como puede ser el fideicomiso testamentario. En consecuencia el negocio no producirá ningún efecto legal ni podrá prevalecer por confirmación ni por prescripción.

Con relación a la nulidad del fideicomiso, cabe señalar que la nulidad de un acto no impide su existencia, por eso se dice que la nulidad en el fideicomiso no es obstáculo para que produzca efectos provisionales, aunque estos al decretarse la nulidad quedarán retroactivamente destruidos y dicha nulidad no podrá desaparecer ni por confirmación ni por prescripción. Así también, como lo establece el ordenamiento jurídico aplicable; la ilicitud del objeto y del fin producira nulidad absoluta o relativa ejemplo: la falta de forma determinará la nulidad relativa del fideicomiso pero esa nulidad se extinguirá con la confirmación del negocio, la incapacidad de alguna de las partes, así como algún vicio en la voluntad del fideicomitente como puede ser violencia, error, etc. traera consigo la nulidad relativa misma que cesará en el momento que desaparezca el vicio que dañe la voluntad o bien cuando el motivo del negocio pueda confirmarse.

9. LA EXTINCION DEL FIDEICOMISO

La terminación del fideicomiso puede darse por cualquiera de las tres causas que mencionaremos a continuación; a pesar de la causas de extinción que esten expresamente contempladas en el Artículo 357 de la LGTOC.

La terminación del fideicomiso puede darse por:

a) La terminación del cargo del fiduciario, ya sea por la extinción del fideicomiso, o porque este sea reconocido como inexistente o sea declarado nulo;

b) Por la renuncia del fiduciario, fundada en causa grave, calificada como tal por el organo judicial competente;

c) O bien, por la remoción que se haga al fiduciario.

En cuanto a las causa de extinción el Artículo 357 de la LGTOC. expone: "El fideicomiso se extingue;

"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 veinte años siguientes a su constitución;

"IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeta;

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

"VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se ha reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y

"VII. en el caso del párrafo final del Artículo 350."

En este último caso "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, y si esta no acepta, o por renuncia o remoción cesa en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya, salvo lo dispuesto en el acto constitutivo, cesara el fideicomiso".

Estas son las causas por las que puede darse por terminado el fideicomiso. Una vez extinguido el fideicomiso por una de las causas referidas, los bienes que quedan en poder de la fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus beneficiarios, salvo pacto en contrario.

Para que la devolución surta efectos tratandose de derechos reales bastará que la Institución fiduciara así lo asiente en el documento Constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad. (Artículo 358).

CAPITULO SEGUNDO
LA SUCESION TESTAMENTARIA

I. LA SUCESION

1. CONCEPTO GENERAL DE SUCESION Y LA SUCESION MORTIS CAUSA
(CLASIFICACION)

En sentido amplio la palabra sucesión significa acción de suceder, es decir la transmisión de algo de una persona a otra. Sucesión -dice Savigñi- es el cambio meramente subjetivo en una relación de derecho, es decir, cambio de sujeto, pero no del objeto de la relación. (115)

Así tenemos, que todo derecho puede ser transmitido de una persona a otra; quien lo transfiere se llama causante; quien lo recibe se le denomina sucesor y, a la transmisión de una persona a otra se le llama sucesión. En este sentido podemos decir que el comprador sucede al vendedor en la propiedad de una cosa.

Una vez comprendido el concepto general de sucesión, es menester aclarar que existen diversas clases de sucesión; pero a la que haremos referencia en el capítulo a tratar será a la sucesión Mortis-Causa, enfocada directamente a la figura llamada testamento.

(115) Autor citado por, Arce y Cervantes José, "De las Sucesiones". Editorial Porrúa, S.A., México 1983.

2. ELEMENTOS DE LA SUCESION MORTIS-CAUSA

El Maestro José Arce y Cervantes establece en su obra 'De las Sucesiones' que para que exista la SUCESION MORTIS-CAUSA, será necesaria la coexistencia de los siguientes elementos:

"1o. Que haya un conjunto de bienes y relaciones que pertenecían a una persona física, transmitibles por causa de muerte (cosas, derechos, obligaciones) y que tengan un valor económico apreciable;

"2o. Que la persona física que encabezaba ese conjunto, por su muerte, haya dejado de ser persona (autor de la sucesión, causante o de cujus o sea is de cujus successione agitur);

"3o. Que haya otra persona (o varias) que reemplace a la fallecida en la titularidad del patrimonio acéfalo (sucesor, causahabiente, heredero);

"4o. Que el sucesor o heredero esté llamado a suceder al causante o sea que haya una vocación hereditaria (llamada a herencia), porque para que exista sucesión no basta que donde estaba uno se coloque otro, sino que es necesario que la causa por la que el segundo entra a reemplazarlo se deba a que el primero haya fallecido y jurídicamente le corresponda reemplazarlo." (117)

Continúa manifestando el autor -"La sucesión, en los regímenes jurídicos que admiten la propiedad privada y

(117) Ibidem.

su transmisión mortis-causa se funda en la necesidad de que el patrimonio no quede desprovisto de su titular, de dar estabilidad a la familia y fijeza a la economía".

3. APERTURA DE LA SUCESION

Al respecto Rojina Villegas (119) expone: "la muerte del autor de la herencia es el supuesto principal y básico del derecho hereditario"; es por eso, que la citada muerte determina la apertura de la sucesión y es entonces cuando opera la transmisión de la propiedad y posesión de los bienes a los herederos y legatarios. (Art. 1649 del C.C.V. en el D.F.).

Asimismo, Roberto Ruggiero (119), manifiesta "pero como por muerte en nuestro derecho sólo se entiende la natural y comprobada, no puede haber sucesión de una persona viva (viventis non daturhereditas), ni de aquel cuya muerte no conste, aún cuando sea razonablemente presumible. No subsistiendo como no subsiste, la muerte civil, que las antiguas legislaciones admitían como efecto de la condena criminal o de la profesión religiosa, no pueden hoy atribuirse a título de herencia de los bienes del condenado o del profeso; y, en cuanto al ausente, ni aún al tercer período, o sea, cuando es atribuida la posesión por modo definitivo, hay apertura de sucesión, la ley prevé la posibilidad de retorno del ausente o de la comprobación de su muerte y consiguiente de

(118) Derecho Civil Mexicano. Tomo IV; "Sucesiones". Ed. Porrúa, México 1985. pág. 213.

(119) Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Vol. I. Inst. Ed. Reus. Madrid. Ob. Cit., por Rogina Villegas, Ob. Cit. pág. 213 y sig.

la diversa regulación de sus relaciones jurídicas, pues como ausente no es muerto para la ley, ni puede declararse tal faltando como falta en nuestro derecho la declaración judicial de muerte".

II. LA SUCESION TESTAMENTARIA

I. CONCEPTO DE LA SUCESION TESTAMENTARIA

Es aquella que "se basa en un negocio por causa de muerte que se llama testamento, en virtud del cual una persona capaz, por su sola voluntad libre dispone de sus relaciones transmisibles para después de su muerte". (120)

Ahora bien, el fenómeno jurídico de que una persona pueda disponer de sus bienes y para hacer otras disposiciones que van a surtir efectos a su fallecimiento, ha dado lugar a múltiples posiciones. Desde luego, el testamento no es la única institución que surte efectos cuando esta ausente la voluntad del autor del acto jurídico. Muchos actos "inter vivos" pueden tener efectos aún cuando la voluntad del autor que hizo nacer el acto, no exista ya en el momento de producir sus efectos.

En sí, la voluntad del testador sólo se vuelve eficaz, cuando el mismo testador ha fallecido, ya que en realidad, se dirige directamente a disponer de la suerte de los bienes que le pertenecen para el tiempo posterior a su muerte que puede considerarse como el término inicial de la eficacia de aquella voluntad. No se trata, pues a mi juicio, de una voluntad que se vuelve eficaz a la muerte del testador, sino de una voluntad que está dirigida a dar vida actual a un acto jurídico que se llama testamento.

(120) Arce y Cervantes José, ob. cit. pág. 33.

2. BREVE ANALISIS HISTORICO DEL TESTAMENTO

Se sabe que probablemente el primer testamento está escrito en piedra y fue descubierto en Kahun, Egipto por William Matwen Flienders, y data en el año de 1805 A.C. y pertenece a la colección arqueológica del museo de Londres.

Por lo que se refiere a la sucesión, antiguamente el heredero era el continuador de la personalidad del difunto, en virtud de que dicha sucesión no sólo comprendía el patrimonio del difunto, sino también incluía los ideales, las simpatías y las antipatías del difunto y para tener mayor seguridad de que el herededor aceptaba desinteresadamente su función privaba al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia; repartiendo gran parte de los bienes entre los legatarios. 'La Función del heredero era la de actuar y no la de poseer'. (121)

El objeto de este acto jurídico consistía más que nada en establecer un continuador de la personalidad del difunto y que correspondería a la libre elección de este.

Las formas más antiguas del testamento Romano eran los testamentos Calatis Comitibus, y el testamento In procinctu. El primero se hacía dos veces al año, pero no se sabe si al hacerlo ante los comicios, estos actuaban como testigos o en su caso aprobaban el testamento, lo que si se puede decir es que la libertad testamentaria quedaba bajo la vigilancia de los comicios; el segundo de los testamentos mencionados, consistía en que antes de iniciarse una batalla se permitía a

(121) Guillermo F. Margadant S. "Derecho Romano", Ed. Esfinge, S.A., México 1979, pág. 463, 466 y siguientes.

los soldados que hicieran su testamento, tomando como testigos a sus compañeros de batalla.

Los Romanos buscaron otras formas testamentarias y así se introdujo el testamento mancipatorio o testamento en forma de contrato. Este testamento consistía en celebrar una compraventa ficticia con el comprador del patrimonio, en presencia de testigos, así el testador podía vender todo su patrimonio a un comprador heredero, con efectos suspensivos hasta la muerte del vendedor testador ó imponiendo al comprador el deber de repartir parte de los bienes entre terceros (legatarios).

Este testamento tenía la ventaja de que se podía hacer en cualquier tiempo y momento, pero sus inconvenientes, es que era irrevocable y además iba acompañado de amplia publicidad; poco a poco fue cambiando la práctica de este testamento y se introdujeron dos nuevos elementos que veremos en seguida:

El testamento en el Derecho Pretorio.- En este nuevo sistema de derecho se introdujeron dos nuevos elementos:

- A) La discreción; y
- B) Declaración unilateral de voluntad.

Introducidos estos elementos desaparece la mancipatio y el testamento recurre a mayor solemnidad; el pretor concedía la buena posesión a las personas indicadas en el testamento por el testador que eran los siete testigos que se requerían para llevarse a cabo.

El testamento en el Derecho Imperial. Conforme fue

cambiando el testamento se le fueron restringiendo facultades al pretor y en la época del Derecho Imperial, el pretor ya no tenía libertad de crear y negar acciones y excepciones o rechazar las reclamaciones de los herederos que conforme al Ius Civile, concedía el derecho pretorio. Y de ésta manera aparece el Testamento tripartito. La causa por la cual se le llama de ésta manera es porque constaba de: a. El texto, b. La Declaración expresa de los testigos que habían intervenido en el acto. c. Los sellos de los testigos que habían comparecido; (122) además de que se hacía en un sólo acto sin interrupciones como se hace actualmente.

3. CONCEPTO LEGAL DEL TESTAMENTO

La Palabra Testamento; proviene de los vocablos "Itestamentis", que significa testimonio de voluntad. Testamento "es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz, dispone de sus bienes y derechos; y declara y cumple deberes para después de su muerte". (Artículo 1295 del C.C.V. del D.F.).

El Jurista Rafael Rojina Villegas lo define "como un acto jurídico unilateral personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes, derechos y obligaciones (que no se extinguen por la muerte) a sus herederos y legatarios, asimismo declara y cumple deberes para después de su muerte". (123).

(122) Guillermo F. Margadant S. Ob. Cit., pág. 459.

(123) Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil, Tomo IV, "Sucesiones". Editorial Porrúa, México 1985, p. 289.

Como era de esperarse en ambas definiciones se le atribuyen al acto jurídico ciertas características, mismas que analizaremos a continuación.

4. CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO

A. El testamento es un acto jurídico unilateral. Para entender cabalmente al testamento como acto jurídico es necesario recordar la definición de éste y decimos; Acto jurídico es "una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho; siempre y cuando la norma jurídica ampare esa voluntad" (124). El testamento reúne los elementos que conforme al acto jurídico se requiere al manifestar el testador su voluntad con la intención de transmitir sus bienes a los herederos y legatarios, y esta intención es reconocida por el derecho.

B. El testamento es un acto de última voluntad, es decir, mortis-causa o, como dice el Código Civil "para después de la muerte" (art. 1295). Se dice que es un acto de última voluntad, toda vez que la muerte es el hecho que marca el principio para producir efectos, ya que las disposiciones testamentarias no deben producir efectos antes de este hecho. Así mismo también se dice que es un acto de última voluntad, porque subsiste hasta la muerte mientras no se revoque; y además se presume que la voluntad expresada en el testamento es lo que el testador ha querido en el último momento de su vida.

C. Es un acto personalísimo, porque no puede otorgar-

(124) Rojina Villegas Rafael, ob. cit. pág. 291.

se por conducto de representante; y además en el acto solamente se permite testar a una persona.

El Carácter de personalísimo solamente se le atribuye al testamento toda vez que es el testador en persona el que debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos y designando legatarios. No puede el testador encomendar esta acción a terceras personas.

D. El Testamento es un acto libre. Para ser eficaz plenamente la voluntad testamentaria debe ser libre y consciente. La violencia y el error en la voluntad del testador impiden que el acto sea eficaz, asimismo el testador no puede ser obligado por convenio o contrato a no testar, o en todo caso a testar bajo ciertas condiciones; o bien a transmitir por testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte a sus herederos legítimos. (El Art. 1488 del C.C.V. en el D.F.), asegura el ejercicio del derecho de testar cuando alguien pretende impedirlo.

E. El testamento es un acto solemne. En la definición legal del testamento no encontramos esta característica; pero es necesario para que el acto jurídico tenga existencia como tal. De esta manera podemos entender por solemnidad, aquella forma que los actos jurídicos requieran para su validez y existencia. El Código Civil usa esta expresión en su artículo 1520 al hablar de la forma de los testamentos y a la letra dice "Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto..." El artículo en cita -mas que nada se refiere a las formalidades que debe revestir cada testamento.

F. El testamento es un acto esencialmente revocable; El testador es libre de cambiar su testamento cuantas veces

quiera para que exprese realmente su última voluntad definitiva. El testador puede llevar a cabo la revocación de su testamento en forma expresa o tácita. En forma expresa, declarando que revoca o modifica el testamento anterior. En forma tácita, haciendo un nuevo testamento, aunque de hecho este nuevo implica la revocación del anterior, a no ser que el testador manifieste que subsista el primero o que subsista con determinadas modificaciones.

5. LIBERTAD DE TESTAR Y OBLIGACION DE ALIMENTAR

En sí el legislador ha dejado, libre a la persona para atender el deber social de disponer de sus bienes según su propia conciencia y sus propias inclinaciones, toda vez, que quien es propietario tiene derecho a disponer de sus bienes en vida y para después de su muerte, mas sin embargo la libertad a que se hace referencia no es absoluta, en virtud de que se encuentra limitada por las normas que protegen a ciertas personas para que reciban alimentos; mismos a los que hacemos referencia a continuación.

OBLIGACION DE DEJAR ALIMENTOS.- La única restricción a la libertad de testar es la obligación de dejar alimentos a ciertas personas, en los términos que señalan los artículos 1368, 1374 y siguientes del C.C. del D.F.

Hay obligación de dejar alimentos a los descendientes menores de dieciocho años, o que siendo mayores de esta edad estén imposibilitados para trabajar: al cónyuge superstite cuando esté imposibilitado de trabajar y no tenga bienes suficientes; a la persona que vivió cinco años con el testador o tuvo hijos con él (concubinato). A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están inca-

pacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

EL TESTADOR NO TIENE OBLIGACION DE DEJAR ALIMENTOS:

Sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado; ni a las personas que tengan bienes, a menos que su producto no iguale a la porción que debería corresponderles en la sucesión intestada, la obligación se reduce a lo que falte para completarla; para tener derecho a ser alimentado se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos anteriores, y cesa el derecho tan luego como el interesado deja de estar en dichas condiciones, observe mala conducta o adquiera bienes, o el cónyuge, o concubina, contraigan nupcias o no vivan honestamente. (Artículo 1370 del C.C. del D.F.).

La pensión alimenticia se fijará conforme a los artículos 314, 316 y 317 del Código Civil; pero no deberá exceder de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada correspondería al acreedor alimentista, ni bajará de la mitad de dichos productos; el testador puede fijar la pensión alimenticia siempre que no baje del mínimo establecido (Art. 1372 del C.C.V. en el D.F.).

Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle un oficio, arte o profesión, honesta y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

La obligación de dar alimentos no comprende la de proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte

o profesión a que se hubieren dedicado. (Art. 308 y 314 del C.C.V. en el D.F.).

PREFERENCIA EN EL PAGO DE LA PENSION ALIMENTICIA:

En el caso de que el caudal hereditario no alcance a cubrir todas:

1. Se ministra a descendientes y cónyuge a prorrata.
2. Cubiertas las anteriores y prorrata a los ascendientes.
3. Cubiertas las anteriores o prorrata a hermanos y concubinas.
4. Cubiertas las anteriores a prorrata a los demás parientes colaterales hasta el 4o. grado.

El testamento en que no se deje la debida pensión alimenticia no es nulo, sino que es INOFICIOSO esto en razón de que se priva de alimentos a las personas que por Ley tiene ese derecho.

El testamento inoficioso es válido en forma parcial a efecto de que se asegure la pensión alimenticia a las personas que tengan ese derecho, y fuera de esta modificación las demás disposiciones son válidas legalmente y subsistentes.

Estas disposiciones prácticamente dejan libre al testador para disponer de sus bienes por testamento, lo cual implica una mayor responsabilidad del mismo puesto que tiene un mayor margen de libertad que en los sistemas jurídicos

en los que hay reservas o legítimas forzosas. (125)

6. CONTENIDO DEL TESTAMENTO

El testamento puede contener disposiciones de diversas clases como son:

Las típicas; que son aquellas que únicamente pueden constar en el testamento como es: el nombramiento de heredero, de legatario, de albacea, de tutor y curador testamentarios; así como la revocación de un testamento anterior y disposiciones sobre funerales, etc.

Las atípicas: Se dice que son disposiciones atípicas porque puede o no constar en el testamento, porque también pueden expresarse mediante alguna otra forma jurídica: como es el reconocimiento de un hijo, perdón del ofensor, reconocimientos de deuda, etc. Estas disposiciones únicamente son testamentarias si constan en el testamento.

Existen otro tipo de disposiciones que puede contener un testamento y que se clasifican en razón de su materia como son: Las patrimoniales y las no patrimoniales.

(125) Se le llama legítima a la porción de bienes respetada por el testador, toda vez que había sido reservada por disposición de ley para determinados herederos que eran considerados como herederos forzosos o herederos de sangre; para que sino eran instituidos en el testamento ellos tuvieran derecho a la porción que la ley les había reservado, por lo tanto, los legados instituidos en el testamento eran reducidos por Mini terio de ley hasta el límite en que aquella porción debería ser respetada. Entre los países que adoptaron este sistema encontramos a España, Francia y Alemania.

Las patrimoniales.- Son aquellas en que consta una disposición de bienes, y las que no implican esa disposición de bienes son las llamadas no patrimoniales.

7. CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA TESTAR

La capacidad para testar es un supuesto especial de la sucesión testamentaria; y se establece como regla general para poder ejercitar este derecho, que el testador tenga cumplida la edad de dieciseis años y además que esté en su cabal juicio; a excepción del testamento ológrafo que para poder llevarse a cabo es necesario que el testador haya cumplido su mayoría de edad. Como podemos darnos cuenta, para que se otorgue testamento será suficiente que el testador tenga 16 años cumplidos; esto es en razón de que el menor de edad al hacer su testamento no contrae ninguna obligación, ni compromete su patrimonio al testar, y por otra parte la ley considera que es la edad en que la persona ha adquirido el criterio suficiente para hacer disposiciones mortis-causa.

No estan privados del derecho de testar:

1. Los ebrios consuetudinarios, los pródigos, los que no puedan o sepan escribir. (Art. 1514 del C.C.).
2. Los ciegos. (Art. 1517 del mismo ordenamiento).
3. Los sordos que sepan leer. (Art. 1536).
4. Los sordos que sepan escribir. (Art. 1531).

En estos enumerados casos las personas pueden otorgar testamento mientras no se encuentren en los casos de incapacidad por minoría de edad o enajenación mental, ya que cada

caso requerirá de formas extraordinarias para testar, como más adelante haremos referencia en las formalidades de los testamentos y su clasificación.

INCAPACIDAD PARA TESTAR.- El Código Civil Vigente en el Distrito Federal, hace referencia a la incapacidad de ciertas personas para poder hacer uso de este derecho, y nos señala dos casos concretos:

1. Cuando se trate de enajenados mentales; y
2. Cuando se refiere a menores de ambos sexos que no hayan cumplido dieciseis años de edad (Art. 1306).

1. En el primer aspecto, Rojina Villegas, explica la incapacidad por enajenación mental; "es relativa en virtud de que se admite para aquellos que tienen intervalos lucidos, la posibilidad de testar siempre y cuando se haga el testamento en un momento de lucidez, pues lo que importa para determinar la capacidad, no es el estado en general del autor de la herencia, sino el que tiene al confeccionar el testamento. Por esta circunstancia -continúa manifestando el autor- si la causa de incapacidad sobreviene después, por ejemplo: enajenación mental, el testamento es válido si se demuestra que cuando se hizo, estaba el autor de la herencia en pleno uso de sus facultades mentales". (126) Se regula un procedimiento para que el enajenado que tenga momentos de lucidez haga testamento; pero esto lo analizaremos con posterioridad en las formas del testamento.

2. Con relación a la segunda de las incapacidades

(126) Rojina Villegas Rafael ob. cit. pág. 250 y sig.

que el código señala, el autor en cita expresa: "Ante la incapacidad del menor que no ha cumplido 16 años o del enajenado y, por consiguiente, ante la imposibilidad de que haga válidamente un testamento, sólo es posible la transmisión hereditaria por disposición de la ley, es decir, por sucesión legítima.

"Nuestro derecho, -continúa diciendo el autor- no admite el caso de incapacidad como consecuencia de una condena; la suspensión de derechos civiles que trae consigo la condena por la comisión de un delito que implique pena de prisión, no abarca la incapacidad para testar ni tampoco para heredar. En nuestro derecho la condena suspende más bien derechos civiles que implican el ejercicio de un cargo ante la imposibilidad de cumplirlo por la privación de la libertad; por ejemplo; la suspensión de los derechos de tutor, curador, albacea, mandatarios, depositario, interventor, síndico, etc.; pero nunca una condena origina incapacidad para disponer por testamento para adquirir por herencia.

"Dentro de las incapacidades que reconoce nuestra ley para los menores de 16 años y para los enajenados, la primera forma es absoluta, la validéz de un testamento no puede ser reconocida en ningún caso cuando sea hecho por un menor de 16 años".

8. CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA HEREDAR

El Maestro Rojas Villegas (127) señala las reglas generales para juzgar la capacidad o incapacidad para heredar y al respecto manifiesta que debe tomarse en cuenta el momento

(127) Ob. Cit. pág. 367.

de la muerte del autor de la herencia; y en él se necesita ser capaz. Si la causa de la incapacidad sobre viene después de la muerte del testador, no origina la imposibilidad de adquirir bienes por herencia testamentaria o legítima, a no ser en el caso de remoción del cargo conferido por testamento, que lógicamente sólo se presentara con posterioridad, cuando se comprueba la mala conducta de la albacea, tutor o curador. Cuando la Institución sea condicional se requiere, además, capacidad en el momento en que se realiza la condición, no bastaría que el heredero o legatario hayan sido capaces en el momento de la muerte del autor de la herencia, estas incapacidades pueden ser prescriptibles e in-prescriptibles, - según que se determinan por razones de orden público o por simple interés privado para proteger a ciertas personas.

Pueden heredar todas las personas de cualquier origen, domicilio y nacionalidad a excepción de las siguientes:

A) Por presunción de influjo a la libertad del testador, están incapacitados para heredar:

a) Los tutores o curadores del menor.- Si son instituidos cuando ya estan nombrados para ese cargo. Con relación a esta incapacidad, no se encuentran incluidos los ascendientes y hermanos del menor. (Art. 1321 del C.C.).

b) Los que fueren tutores o curadores del que ya es mayor de edad, si son instituidos antes de aprobarse las cuentas de la tutela. (Art. 1321 del mismo ordenamiento).

c) El médico que haya asistido al testador durante su última enfermedad así como sus ascendientes, descendientes y hermanos; siempre que la disposición testamentaria se haya llevado a cabo en esa enfermedad; a no ser que estos herederos

instituidos también sean herederos legítimos. (Art. 1323 del ordenamiento en cita).

B) Por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento están incapacitados para heredar:

a) El notario y los testigos que intervinieron en el testamento así como sus familiares de éstos, tales como: cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos. (Art. 1324 del C.C.).

Al respecto el artículo 35 de la Ley del notariado dispone lo siguiente:

Queda prohibido a los notarios.

"Actuar como notario en caso de que intervengan por sí o en representación de tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos en la colateral hasta cuarto grado inclusive, y los afines en la colateral hasta el segundo grado;

Ejercer sus funciones si el acto o hecho interesa al notario, a su cónyuge o alguno de sus parientes en los grados que expresa la función inmediata anterior".

Si él notario autoriza un testamento contraviniendo con este acto la ley, será privado de su función pública.

b) Los cónsules o vicecónsules, caen en la misma incapacidad que se le atribuye al notario para heredar y aunque expresamente no estén impedidos para ser herederos en los testamentos que autoricen, indirectamente si no están de

acuerdo con la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano, pues en su fracción (d) del artículo 47 a la letra dice: "a los jefes de oficina consulares corresponde ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano, con anterioridad equivalente a los que tomen los actos de los notarios del D.F., y el reglamento de esa Ley dispone que esas funciones se ajustarán a lo dispuesto por la Ley del notariado del D.F.. (128).

c) Por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento. Son incapaces de heredar por testamento los que nombrados en él, tales como tutores, curadores o albaceas hayan rehusado el cargo sin justa causa, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio. (Art. 1331 del C.C.V. en el D.F.).

El artículo 1696 del mismo ordenamiento establece "que el albacea que renuncia sin justa razón, perderá lo que le hubiere dejado el testador, y si fuere por causa justa, también perderá lo que, él hubiere dejado si es que fue con el exclusivo objeto de remunerarlo por el desempeño de ese cargo".

C) Por motivos políticos; son incapaces de heredar:

a) Únicamente por testamento (más no por intestado); los ministros del mismo culto; no pueden heredar los ministros del culto religioso a un particular con quien no tienen parentesco dentro del cuarto grado, y la misma incapacidad la tienen los ascendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes estos hayan

(128) José Arce y Cervantes, Ob. Cit. pág. 42.

prestado cualquier clase de auxilio durante su enfermedad de la cual hubieren fallecido.

b) Las Instituciones religiosas, las sectas e iglesia, en virtud de que como establece el Art. 27 Constitucional "Las asociaciones religiosas... cualquiera que sea su credo, no podrán en ningún caso administrar bienes raíces... y cualquiera que llegaran adquirir por sí o por interpósita, entrarán al dominio de la nación...".

Ahora bien en virtud de lo establecido por dicho precepto hay una contrariedad ya que el testamento es un acto libre y por lo tanto el testador es libre de designar legatarios e instituir herederos, pero con lo establecido por el precepto constitucional mencionado se está coartando la libertad del testador más sin embargo, esta acción podría justificarse por lo establecido en el artículo 88 de la Ley de Beneficencia Privada, ya que está es un medio para hacer cumplir la voluntad del testador con relación a los "pobres" pues así lo llama el artículo (1318 del C.C.V.), de otro modo no habría nadie que exigiera el cumplimiento de la voluntad del testador y podría quedar incumplida su voluntad.

c) Por falta de reciprocidad internacional. Para entender cabalmente el presente, daré idea de lo que quiere decir este concepto.

Por principio de cuentas se entiende por reciprocidad internacional los derechos y prerrogativas, que un Estado otorga a los miembros de otro y ambos Estados se reconocen dichas prerrogativas y derechos para sus respectivos ciudadanos.

Por lo tanto en Derecho hereditario, un extranjero

no puede heredar a un mexicano, o un mexicano no puede heredar a un extranjero, si entre ambos países no hay reciprocidad internacional. (Art. 1328 del C.C.).

D) No Podrán Heredar Los Herederos o Legatarios que Conforme a La Ley Carezcan de Personalidad.

El principio fundamental del Derecho Sucesorio es que sólo puede heredar quien exista y sobreviva al difunto. La existencia supone que el llamado a heredar haya nacido vivo y vital al tiempo de la apertura de la sucesión o que por lo menos haya sido concebido en dicho tiempo.

Dentro de esta citada incapacidad se encuentran los que no estén concebidos a la muerte del testador y los que habiendo sido concebidos no nazcan viables. (Art. 1314 del mismo ordenamiento).

Se exceptúa de esta incapacidad a las personas que nazcan con posterioridad al testamento durante la vida del autor de la herencia; puede por consiguiente, el testador heredar sus bienes a herederos que nazcan de determinadas personas durante su vida. Como era de esperarse, se cumple aquí el requisito de que los herederos hayan sido concebidos o haya nacido antes de la muerte del autor de la herencia. (Art. 1315).

E) Así también no podrán heredar aquellos que cometan o intenten cometer delito en contra del testador o bien en todo caso ejecuten actos inmorales en su persona. Se puede decir que todo delito o falta moral en contra del autor de la herencia o bien a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos, origina incapacidad para heredar. El artículo 1316 del C.C. regula en sus once fracciones, distintas formas

de incapacidad, de las cuales sólo mencionaré algunas:

a) Dar muerte al autor de la herencia o bien a alguno de sus ascendientes o descendientes, así como a su cónyuge o hermanos.

b) Cuando el autor de la herencia ha sido condenado por un delito y dicha acusación ha sido presentada por el heredero o legatario.

c) En los casos de adulterio, el cónyuge adúltero no puede ser heredero.

De esta manera concluimos las incapacidades en que pueden incurrir las personas para ser herederos o legatarios y así mismo desempeñar esta función dentro de la sucesión testamentaria.

9. IDEAS BASICAS PARA EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO

Con relación al presente punto en estudio lo que se trata de explicar son los diversos aspectos que se deben de tomar en cuenta para el otorgamiento de un testamento entre estos podemos citar el régimen matrimonial en que se encuentra casado el testador, si piensa dejar herederos o en todo caso legatarios, etc; pero para su mejor comprensión pasaremos a tratar brevemente cada uno de éstos.

1. Régimen Matrimonial.- Al referirnos al régimen matrimonial del testador, nos estamos refiriendo al matrimonio civil, pues el religioso no tiene relevancia jurídica. Es importante que el testador sepa bajo que régimen está casado, si en sociedad conyugal o separación de bienes. Si está casado bajo el régimen de sociedad conyugal, los bienes ad-

quiridos durante el matrimonio corresponden a ambos cónyuges, es decir si algún bien aparece únicamente a nombre del testador o a nombre de su cónyuge; el testador es dueño únicamente del 50% y el otro 50% corresponderá a su cónyuge por concepto de gananciales en la sociedad conyugal. El testador sólo puede disponer en su testamento de lo que es suyo.

2. Institución de Herederos: es el causahabiente a título universal del testador, es decir se le instituye sin necesidad de determinar que bienes se le heredan. Puede tratarse de una persona física, una sociedad o el Estado y pueden instituirse uno o varios; mismos que podrán heredar en partes iguales o en porcentajes según lo designe el testador en el testamento.

3. Legados: Legatario es un causahabiente a título particular por lo tanto es necesario especificar perfectamente el bien que se le está dejando en herencia, es decir se debe de determinar el bien, así como la persona a quien se le aplicará dicho bien.

Es importante mencionar que los herederos o legatarios pueden ser familiares del testador o personas extrañas.

4. Substitución de herederos o legatarios: se puede designar herederos o legatarios sustitutos para el caso de que sean incapaces, o no quieran heredar los instituidos en primer lugar; o bien fallezca antes que el testador o al mismo tiempo. (Art. 1472 del C.C.V. en el D.F.).

5. Derecho de acrecer: puede también disponerse en el testamento que en caso de muerte o incapacidad o no quisiere o no pudiere heredar alguno de los herederos o legatarios instituidos (si es que se han designado varios); su

parte acrezca a los que sobrevivan y además acepten la herencia.

6. El usufructo y la nuda propiedad: El usufructo es el derecho de disfrutar y usar los bienes; la nuda propiedad es el derecho de disponer de los bienes, es decir, el dominio que se tiene sobre ellos.

Se puede instituir o legar el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otra; el usufructuario mientras viva usará y disfrutará de los bienes que se hayan dejado en herencia y a su muerte se consolidará el usufructo con la nuda propiedad y, es entonces cuando el nuevo propietario disfrutará en forma absoluta del bien que se ha dejado en herencia en esta forma.

7. Condición, Modo y Causa en los testamentos.- Son modalidades que imponen limitaciones y restringen la liberalidad de la persona que ha sido instituida como heredera o legataria; pero para su mejor comprensión las estudiaremos por separado.

Condición.- Es un acontecimiento futuro e incierto que puede afectar las resoluciones de los actos jurídicos. En el caso concreto del testamento; el testador es libre de estipular cualquier condición; a excepción de las siguientes: La condición física o legalmente imposible, de dar o hacer, así como la de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona, estas condiciones anulan a la institución. La condición de no dar o no hacer, y la de no impugnar el testamento, así como la de no tomar estado (estado civil) son nulas; es nula también la condición que se impone al heredero o legatario de no 'poder enajenar' los bienes, sólo se

puede condicionar a que no lo haga a determinada persona.
(129)

El Modo.- En materia hereditaria es sinónimo de 'carga' y es muy común que en los testamentos al instituir herederos o legatarios se les imponga determinados modos o cargas.

Concretamente, se dice que el modo es una carga impuesta al que recibe una liberalidad; por eso no suspende ni resuelve el vínculo contractual ni la disposición testamentaria; pero constriñe y obliga al aceptante a cumplir con la carga que se le impone.

Ahora bien, la falta de cumplimiento no opera de pleno derecho, la resolución del acto es sólo una causa de revocación o causa de que se pida su ejecución. El modo se diferencia de la condición en que ésta última hace depender de su cumplimiento la adquisición del derecho hereditario, o su pérdida; en tanto que la carga no impide la adquisición del derecho ni su ejercicio, sólo crea en el beneficiario la obligación de ejecutarlo; y es precisamente ésta situación la que diferencia la condición de la carga, porque la condición suspende pero no obliga; el modo obliga pero no suspende.

La Causa en los Testamentos.- Este concepto se de-

(129) Las condiciones ilícitas e imposibles son condiciones que un momento dado podrían dar cubida a la nulidad del testamento, aunque también podrían darse por no puestas. Las condiciones que se tienen por no puestas son: a) Las de no impugnar el testamento; b) Las que restrinjan la libertad del heredero o legatario para no ejecutar determinado hecho.

sarrolló en la doctrina gracias a Duguit, Bonnecase.

"La causa es el fin o motivo determinante de la voluntad del testador por lo que toca a una determinada institución de heredero o legatario". (130)

Al respecto Duguit (131) expresa: "el motivo determinante de la voluntad si es un elemento que tienen consecuencias respecto de la validez del mismo. Cuando el fin o motivo determinante es ilícito, o falso, origina la nulidad del acto jurídico".

Por otro lado Bonnecase (132) precisa "También se acepta que el motivo determinante de la voluntad constituye un elemento del acto jurídico. Se había hablado simplemente del objeto lícito y Bonnecase trata del objeto motivo o fin determinante y de la condición. Todos estos elementos deben ser lícitos, es decir no deben ser contrarios a la ley, pues en este caso originarían la nulidad del acto.

A este respecto, la causa en los testamentos puede motivar la nulidad de la institución o en todo caso simplemente se tienen por no puestas:

1. Se nulifican las disposiciones testamentarias,

(130) F. Uribe, Luis. Sucesiones en el Derecho Mexicano". 1ª Ed. Editorial Jus, S.A., México, D.F. 1962, pág. 240.

(131) Duguit, Las transformaciones Generales del Derecho Privado desde el código de Napoleón, ob. cit. por Rojina Villegas Rafael, ob. cit. p. 310.

(132) Bonnecase, Suplemento al tratado teórico y Práctico de Derecho Civil por G. Bavary - Lacantinerie, T II y Précis, ob. cit. por Rojina Villegas Rafael, ob. cit. p. 312.

con fundamento en la causa, cuando estas disposiciones se fundan en una causa expresa que resulta errónea, siempre y cuando ésta haya sido la única que determinó la voluntad del testador. (Art. 1301 del C.C.).

2. Así también la expresión de causa se tiene por no puesta: cuando la causa es contraria a derecho, aunque sea verdadera.

En éste último caso, la disposición testamentaria es válida y simplemente la expresión de esa causa se tiene por no escrita. (Art. 1304 del ordenamiento en cita).

8. **Nombramiento del Albacea:** El albacea es una persona física o moral designada por el testador y su función, consiste en cumplir las disposiciones hechas por el testador y representar a la sucesión y al mismo tiempo se encargará de inventariar todos los bienes pertenecientes al haber hereditario para que se ejecute. En el Testamento se puede designar albacea Universal o Especial, además de albacea substitutos.

Los Albacea Universales, son aquellos que tienen por objeto cumplir todas las disposiciones testamentarias y representar a la sucesión, cuando son designados por el testador.

Los albaceas especiales son aquellos que tienen una función determinada expresada por el testador para cumplir cierta disposición testamentaria.

9. **Nombramiento del Tutor:** Es conveniente cuando haya herederos o legatarios menores de 16 años o bien que tengan la edad respectiva pero no sean hábiles, nombrarles

un tutor para que los represente. El tutor puede ser un familiar o persona extraña, pero es conveniente que no sea albacea el curador a fin de no crear confusiones.

10. Nombramiento de Curador: Al nombrarse curador este se encargará de vigilar el desempeño de las funciones del tutor que se ha nombrado, respecto del cuidado y administración de los bienes. El Curador puede ser persona extraña, pero no podrá serlo el tutor.

11. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO: En este punto seré breve, toda vez que es objeto del presente trabajo de investigación; y se dedica un capítulo exclusivo al análisis de esta figura. Únicamente diré que es una figura en la cual el testador dispone que todos sus bienes o derechos o parte de ellos se afecten en fideicomiso para el logro del fin establecido en su testamento.

12. Revocación del testamento: como hemos venido haciendo referencia en el presente trabajo de investigación, el testamento es un acto revocable y comunmente al hacerse un nuevo testamento se revoca el anterior; pero si es conveniente revocar el testamento expresamente, a no ser que el mismo testador declare que deberá subsistir el primero con determinadas modificaciones.

III. FORMAS DE LOS TESTAMENTOS

Como hemos dicho anteriormente el testamento es un acto jurídico formal, toda vez, que para su validez se requiere que la voluntad del testador conste por escrito y excepcionalmente puede manifestarse en forma verbal. En todo testamento la manifestación de voluntad debe ser expresa y nunca túcita.

Los testamentos en cuanto a su forma el Código Civil los distingue en dos clases:

Testamentos Ordinarios: Que son aquellos en los que se requiriere de una estricta formalidad para su existencia. Y dentro de estos encontramos el testamento público abierto, el testamento público cerrado y el testamento ológrafo.

Testamentos Especiales: Se les denomina especiales porque la voluntad del testador la puede expresar en forma verbal o bien en forma escrita; pero bajo circunstancias muy especiales como lo haremos notar en su respectivo estudio.

Entre estos tenemos: El testamento privado, el testamento militar, el testamento marítimo, y el testamento hecho en país extranjero.

1. TESTAMENTOS ORDINARIOS

a) **Testamento Público Abierto.** Es aquel en que el testador declara ante NOTARIO Y TRES TESTIGOS, su voluntad. El notario redacta el testamento tomando los datos que el testador le proporcione en presencia de los tres testigos, y en un sólo acto debe realizarse la redacción, escrito en el protocolo y firmado posteriormente el notario da un aviso al Archivo General de Notarias del Distrito Federal, donde

se registra el testamento autorizado por el notario. El Archivo General de Notarías es la institución que registra todos los testamentos públicos abiertos y cerrados que autorizan los notarios del Distrito Federal. De acuerdo al artículo 80 de la Ley del Notariado.

b) Testamento Público Cerrado. Regulado por el C.C. en sus artículos 1521 y siguientes. Este testamento no se escribe en el protocolo del notario, el testador hace sus disposiciones en un documento privado que guardan en un sobre cerrado, y el notario únicamente certifica y hace constar en presencia de los tres testigos, que declara el testador que en dicho sobre se encuentra un pliego que contiene su testamento donde manifiesta su última voluntad, la cual puede ser escrita por el propio testador o por otra persona a su ruego. Tanto el testador como los testigos y el notario deberán firmar en la cubierta del sobre y este último pondrá su sello.

c) Testamento Ológrafo. Es aquel que escribe el testador de su puño y letra, siempre que sea mayor de edad y sepa leer y escribir, debe presentarse por duplicado en un sobre cerrado ante el Director del Archivo General de Notarías, ante la presencia de dos testigos quienes identificarán al testador y confirmaran la inviolabilidad del sobre exhibido. Testamento regulado por el C.C. en sus artículos 1550 y siguientes.

d) Testamento del Ciego. El artículo 1517 del C.C. V. en el D.F. al respecto expresa; "Cuando sea ciego el testador se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario ... y otra en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe".

Testamento del Sordomudo. "Podrá hacer testamento cerrado con tal que este todo el escrito fechado y firmado de su propia mano; y que al presentarlo ante el notario y cinco testigos, escriba en la cubierta en presencia de todos los que comparecen; que aquel pliego contiene su última voluntad ya escrita y firmada por él. El Notario declarará en el acta de la cubierta que el testador lo escribió así, observándose además lo dispuesto en los artículos 1524, 1526 y 1527". (Art. 1531 del ordenamiento en cita).

Además de lo dispuesto en los preceptos antes expresados. El testamento del sólo sordo o sólo mundo, será necesario que este escrito por el testador de su puño y letra, sujetándose a las demás solemnidades precisas para esta clase de testamentos. (Art. 1533 del C.C.V. en el D.F.)

El Testamento del demente en periodos lúcidos. El demente hará público su testamento en presencia de un juez y de peritos médicos. Si el resultado del reconocimiento que se le practique al enfermo es favorable se procederá a hacer testamento ante notario, con todas las solemnidades de los testamentos públicos abiertos (Art. 1310). El notario, el juez, los testigos y los peritos que intervinieron en el acto firmaran el testamento (Art. 1311).

Testamento del que no sabe el idioma. El art. 62 de la Ley del Notariado especifica que todas las escrituras otorgadas ante notario deberán redactarse en castellano; y en caso de que el testador no conozca el idioma nacional, la ley establece que el acto del testamento deberán concurrir además del notario y de los testigos instrumentales; dos intérpretes nombrados por el testador (Art. 1503), el que si puede escribirá de su puño y letra el testamento que será traducido al español por los dos intérpretes. Esta traducción se trans-

cribirá en el protocolo como testamento y el original se agregará al apéndice del protocolo, con el objeto de que siempre pueda verificarse si es correcta la traducción hecha. (Art. 1518).

2. TESTAMENTOS ESPECIALES

a) Testamento Privado. Es el que hace el testador en presencia de cinco testigos siendo escrito por el propio testador o por otra persona a su ruego y encargo; y no es necesario, ni que conste por escrito en los casos de suma urgencia o en caso de que no sepa escribir el testador, ni los testigos. Se hace cuando el testador es atacado de una enfermedad violenta o grave que no de tiempo de que recurra a un notario. (Art. 1565 y sig. del C.C.), para su validez se requiere que el testador fallezca de esa enfermedad que le aqueja cuando otorgue su testamento.

b) Testamento Militar. Este testamento es otorgado en tiempo de guerra, por los militares en campaña, rehenes y prisioneros; debe ser escrito y firmado por el propio testador ante la presencia de dos testigos, a quienes deberá entregar el pliego cerrado o en su caso también podrá otorgarlo de palabra; los testigos darán parte del mismo a las autoridades militares correspondientes, una vez que haya fallecido el testador. (Art. 1579 y sig.).

c) Testamento Marítimo. Es el otorgado por cualquier persona que se encuentre en alta mar, ante la presencia de dos testigos y el capitán del navío, este debe hacerse por duplicado y sólo surtirá efectos si muera el testador o no hace testamento, una vez que haya desembarcado en el lugar en que pueda otorgarlo dentro del término de un mes. El capitán del navío entregará el testamento a las autoridades co-

rrespondientes. (Art. 1583 y sig.).

d) Testamento hecho en País Extranjero. Es el que otorga un testador fuera de su país, con arreglo a las leyes del lugar en que lo otorgue, o bien ante un agente diplomático o consular, pues se le atribuyen funciones notariales para llevar a cabo esta clase de testamentos. (Art. 1593 y sig.).

Formalidades en general de los testamentos: Identificación del testador como de sus testigos que lo acompañen (no podrán ser familiares de ningún tipo); continuidad en el acto de otorgamiento; descripción sencilla de la declaración, corrección fundada de errores escritos; especificación del lugar, la fecha, la hora, y forma en que se lleve a cabo el testamento.

- Cualquier testamento que no reuna las formalidades que se requiere en cada caso, será nulo en cualquier tiempo y ésta acción puede intentarse por heredero o legatario interesado, legítimo o designado en testamento o en su caso por un tercero interesado. La ley fija un término de diez años después de la muerte del testador para reclamar la herencia, pasando este término aunque el testamento sea nulo y así sea declarado, no beneficiaría a nadie, en virtud de que el término para reclamar la herencia ha transcurrido.

IV. NULIDAD, CADUCIDAD Y REVOCACION DE LOS TESTAMENTOS

En materia Hereditaria hay que distinguir los diversos aspectos mediante los cuales un testamento puede dejar de surtir efectos, parcial o totalmente; por lo que, no hay que confundir entre los casos de REVOCACION, o CADUCIDAD con los de NULIDAD.

En la Nulidad Expresa, dice el maestro -Ibarrola Antonio (131)-, el testamento carece de valor desde el día en que fue hecho, y sea cual fuere la fecha de la muerte del testador, no producirá efecto alguno; en cambio en la revocación y caducidad continúa expresando el autor- suponen un testamento válido en su origen en virtud de una causa posterior. Si ésta causa proviene de la voluntad del testador, habrá revocación; si es extraña, como el previo fallecimiento de un legatario habrá caducidad.

Ahora bien, nuestro Código Civil, contiene un capítulo dedicado a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos y de acuerdo con el artículo 1859 esas disposiciones serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos (como es el testamento), en lo que no se opongan a la naturaleza de estos, o a disposiciones especiales.

En éste capítulo se establecen tres tipos de ineficacia que podemos resumir como sigue: a) Inexistencia, que se da por falta de consentimiento y objeto que pueda ser materia de él. No produce efecto legal alguno, no puede ser confirmado, ni prescribe y puede hacerse valer por cualquier interesado (Art. 2,225, 1,794). b) Nulidad absoluta, que

(133) Ibarrola Antonio, "De Cosas y Sucesiones", Editorial Porrúa, México, 1921, p. 693.

no impide al acto que produzca provisionalmente sus efectos pero que serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie la nulidad; de ella puede prevalerse cualquier interesado y no desaparece por confirmación o por la prescripción (Art. 2226). Esta Nulidad puede producirse por la ilicitud del objeto, en el fin o la condición (Art. 2225 y 1795 Frac. III).

c) En relación a la nulidad relativa, en materia hereditaria no existe, pues, según nuestro Código Civil, había de darse la nulidad relativa, por incapacidad, por vicios de la voluntad y la falta de forma; pero más sin embargo estas causas producen nulidad absoluta por las siguientes razones: "El testamento es inconfirmable, porque si la pretendida confirmación se efectúa antes de la muerte del testador, en realidad se ha otorgado un nuevo testamento; y si se otorga cuando el testamento surte efectos, es decir al fallecimiento del testador, ya no es posible la ratificación por él; y por último, como el código no señala un plazo de prescripción de la acción, debe considerarse imprescriptible; finalmente, la acción para que se declare la nulidad absoluta, puede ser ejercitada por todo el que tenga interés en esta declaración. Como consecuencia encontramos que en el testamento sólo tenemos nulidades absolutas; pero como hemos insistido varias veces, salvo que la causa de la nulidad afecte a todo el acto, sólo produce la nulidad de la cláusula.

En si, la nulidad en los testamentos puede darse por las siguientes causas: 1.- Por falta de capacidad del testador (Art. 1306 F. I. del C.C.); 2.- Por la inobservancia en las solemnidades legales (Art. 1491 del C.C.); 3.- Por la existencia de vicios en la voluntad (art. 1485 del C.C.) 4.- Por otorgamiento o representante (Art. 1295); 5.- Por otorgamiento simultáneo de dos o más personas (Art. 1296), ya que el testamento es un acto unipersonal; 6.- Por falta de unidad en el contexto de los testamentos (Art. 1519).

La acción de nulidad en un testamento únicamente puede corresponderle a los interesados en la herencia, es decir, a aquellas personas que por el parentesco que guarden con el testador, puedan tener el reconocimiento de derechos hereditarios en la herencia del testador; quedan excluidos del derecho de impugnar el testamento los terceros extraños (134).

Caducidad del Testamento, sus causas. El testamento, para que caduque, es necesario que sea existente y válido. La caducidad proviene de acontecimientos posteriores al fallecimiento del testador y, por consiguiente no dependen de su voluntad.

El artículo 1497 del Código Civil enumera las causas y las divide en tres incisos. Cuando el heredero o legatario fallece antes que el testador, o antes que se cumpla la condición suspensiva que como modalidad grava su institución. Cuando el heredero o legatario se vuelve incapaz de heredar y cuando renuncia a la herencia o al legado. La consecuencia de la caducidad es la misma de la nulidad, impide al testamento producir efectos.

Caducan también las disposiciones testamentarias si el testador fallece sin dejar un solo bien y el legado si la cosa que era materia del mismo no se haya en el patrimonio del testador en los casos previstos en los artículos 1,412 y 1,413 del Código Civil.

Es recomendable para que no se da lugar a la caducidad que los testadores instituyan o designen herederos y legatarios en segundo o último lugar, evitandose con esto la caducidad testamentaria.

(134) Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia (directo 2,594/1957, boletín 1958, Pág. 153. Ed. Mayo 1955-1963, Pág 913)

Revocación del testamento, en este punto sere breve en virtud de haberse tratado ya con anterioridad. Mediante la revocación, el testamento pierde sus efectos por voluntad expresa o presunta del testador; es decir el testamento será válido, pero su existencia depende de la voluntad del testador exclusivamente. Su fundamento reposa sobre la libertad de testar; el testamento es un acto esencialmente libre y para que proceda, presupone un testamento válido. Para que tenga lugar la revocación, debe hacerse en forma expresa o tácita. En forma expresa, como ya antes queda asentado: declarando el testador que revoca o modifica el testamento anterior. En forma tácita, haciendo un nuevo testamento, aunque de hecho este nuevo implica la revocación del anterior, a no ser que el testador manifieste que subsista con determinadas modificaciones.

CAPITULO TERCERO
EL FIDEICOMISO COMO OBJETO DE LA SUCESION TESTAMENTARIA

INTRODUCCION

El fideicomiso es una figura de Derecho Mercantil, que por su amplia gama de finalidades, su contenido puede ser materia de sucesiones como lo veremos en el presente capítulo.

Una vez expuestos en el primer capítulo los antecedentes históricos del fideicomiso, sus elementos, funcionamiento y naturaleza jurídica; así como la sucesión testamentaria en el segundo capítulo, considero tener los elementos necesarios para poder encuadrar el tema de estudio en la presente tesis que es 'EL FIDEICOMISO COMO OBJETO DE LA SUCESION TESTAMENTARIA', en virtud de que nuestra Ley señala que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento.

Partiendo del supuesto que la ley expresa de que el "fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento", será de suma importancia hacer referencia a los fines prácticos que a través del fideicomiso testamentario puedan lograrse para suceder legalmente por causa de muerte. Por lo que también en este capítulo señalare como puede constituirse el fideicomiso a través del testamento y además como se ejecuta; para entender cabalmente esto último, nos introduciremos concretamente a la naturaleza jurídica del testamento con cláusula fuducaria; además de las solemnidades que deban cumplirse para ello, haciendo así mismo una diferencia con el mal llamado fideicomiso testamentario; precisando

de que manera se lleva a cabo la transmisión de los bienes fideicometidos a los herederos y legatarios (fideicomisarios); analizando también la intervención de la institución fiduciaria en la ejecución de dicho testamento con cláusula fiduciaria.

En suma, efectuaré un estudio más completo, de como se lleva a cabo la tramitación de una sucesión testamentaria, en la que por disposición de última voluntad se constituyó un fideicomiso el cual propengo sea denominado como el Testamento con cláusula fiduciaria.

A la postre, lo que pretendo en el presente estudio, es que todo aquel que mediante disposición de última voluntad desee constituir un fideicomiso para realizar la afectación de ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, encomendando o no la ejecución de ese fin a una institución fiduciaria; tenga las bases suficientes para otorgar su testamento y con ello dejar debidamente protegidos a sus herederos, pues como veremos más adelante existen circunstancias en las que la mejor forma de dejar protegidos a los incapaces, es a través de un testamento con disposición fiduciaria.

Ahora bien, para desarrollar este tercer y último capítulo considero conveniente analizar los siguientes aspectos.

- I. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Testamentario;
- II. Constitución del fideicomiso mediante testamento;
- III. Diferencia entre el mal llamado fideicomiso testamentario y el testamento con cláusula fiduciaria,
- IV. Ejecución del Testamento con cláusula fiduciaria.

I. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO CONSTITUIDO MEDIANTE TESTAMENTO

La declaración unilateral o bilateral para constituir el fideicomiso ha provocado probablemente; las más encendidas polémicas respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso ya que nuestra legislación no hace referencia a su naturaleza jurídica, si es una declaración unilateral de voluntad o un contrato; pues sólo determina que podrá 'constituirse por acto ente vivos o por testamento', y será a este último al que hagamos referencia por ser objeto de nuestra investigación, tratando de explicar a través del mismo, el porque es un acto unilateral y no bilateral como muchos tratadistas lo han afirmado.

Una vez, dicho lo anterior pasamos al análisis de:

1. LA UNILATERALIDAD DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Por principio de cuentas, he de expresar que, al fideicomiso constituido mediante testamento también se le ha denominado FIDEICOMISO TESTAMENTARIO. Este tipo de fideicomiso tiene su fundamento en la multicitada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Art. 352).

Por lo que es obvio que, el fideicomitente - testador deberá manifestar su voluntad expresamente al otorgar su testamento.

Pasando al análisis del tema que nos ocupa, es de expresarse, que hasta el momento no existe en nuestro Derecho Mexicano, algún pronunciamiento textual

sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso; y si el fideicomiso se va a constituir mediante testamento; debemos tomar en cuenta que el testamento es indiscutiblemente un acto unilateral y personalísimo en el que no puede participar más que la voluntad del testador fideicomitente y nadie más que él, por eso es que podemos afirmar que el "fideicomiso testamentario" es constituido mediante una declaración unilateral de voluntad. Y aún más, es de advertirse que en dicho acto, el fiduciario no podrá expresar su voluntad en el sentido de si aceptó o no intervenir en el fideicomiso, por eso me atrevo a decir que no será la voluntad de ambas partes lo que constituya dicho fideicomiso, sino que este se constituirá por la voluntad propia y unilateral del testador.

El verdadero problema para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso surge cuando se trata de poner en claro si basta el acto constitutivo del mismo para dar vida jurídica a éste o si, además se requiere una aceptación de quien o quienes han sido designados fiduciarios y fideicomisarios para que el acto tenga verdad, eficacia jurídica, y además de origen al fideicomiso.

Por otro lado es evidente que la disposición de última voluntad sólo puede ser consignada en un testamento, por ser éste la figura jurídica por la cual el testador puede disponer de sus bienes y derechos y declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

Sin embargo considero que el fideicomiso constituido mediante testamento es un acto jurídico unilateral, en virtud de que al estar contenido en el testamento, sólo basta la manifestación de voluntad del testador para que surja dicho acto jurídico, produciendo consecuencias de derecho que la propia ley establece.

Ahora bien, el fideicomitente - testador, mediante una declaración unilateral de voluntad, afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito, determinado que deberá ejecutar una Institución fiduciaria designada al efecto.

Mucho se ha señalado sobre la relación contractual que existe entre la institución fiduciaria que acepta el cargo para ejecutar el fideicomiso y el fideicomitente que afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado y que encomienda o no a una institución fiduciaria su realización, pues bien considero que a través del fideicomiso constituido mediante testamento, se puede apreciar mejor que dicha relación contractual no existe según los razonamientos que enseguida expreso.

Es evidente que para constituir un fideicomiso mediante testamento sólo es indispensable la existencia del fideicomitente testador que a través de una disposición de última voluntad efectúa dicha afectación, además de que no requiere de otra y otras voluntades para otorgar su testamento, mucho menos para disponer de sus bienes, ya que no caben en ese acto para efectuar dicha afectación patrimonial e incluso para designar a la institución fiduciaria que ejecute dicho fideicomiso, pues ésta puede ser designada después, mucho después del acto constitutivo, es decir, del otorgamiento del testamento, ya sea por el órgano jurisdiccional competente, o por los fideicomisarios; por lo tanto se puede apreciar que no es objeto forzoso de la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente la designación de un fiduciario concreto, que se encargue de ejecutar dicho fideicomiso.

Así también, el contenido de la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente - testador comprende la constitución del fideicomiso mediante la afectación patrimo-

nial a un fin lícito determinado, por lo cual dicha manifestación unilateral de voluntad surge con independencia de la manifestación de voluntad del fiduciario posteriormente designado, en el sentido de aceptar el cargo, mucho menos cabe la posibilidad de considerar que ambas voluntades se fusionen para hacer surgir el consentimiento indispensable en la figura contractual que se ha señalado. Existe la constitución del fideicomiso, toda vez que la voluntad del fideicomitente tiene un contenido que puede no incluir el nombramiento de la fiduciaria, y por su parte la voluntad del fiduciario tiene otro contenido que es la aceptación del nombramiento, consecuentemente los contenidos de ambas voluntades son distintas y por ello, considero que no puede darse el consentimiento contractual entre el fideicomitente - testador que no designa al fiduciario y el fiduciario que acepta la designación, sobre todo cuando el fideicomitente - testador necesariamente ha fallecido, cuando el fiduciario acepta su designación para ejecutar el fideicomiso constituido mediante testamento, ya que estaríamos en el supuesto de contratar con un muerto.

Por otra parte, el fideicomiso como acto jurídico unilateral ha nacido aunque su eficiencia, más no su existencia ni su validez está condicionada a la aceptación de la institución fiduciaria. El referido nombramiento o designación es un acto unilateral que produce sus efectos desde que fallece el testador y se le notifica a la fiduciaria su designación. Pues aceptar otra postura sería tanto como señalar que entre el juez o el fideicomisario que designa a la institución fiduciaria y la aceptación del cargo hecha por esta última constituye un contrato.

Además no se puede hablar de una relación contractual entre la fiduciaria que acepta el cargo y el fideicomitente

testador, pues al prestar el Estado el servicio Público de Banca y Crédito, a través de las sociedades nacionales de crédito, estas deberán aceptar el cargo de institución fiduciaria para ejecutar el fideicomiso, salvo que mediante causas graves para ello, cuya calificación corresponderá al juez de primera instancia del domicilio de la Institución designada.

En dado caso, además, el fideicomisario, el albacea de la sucesión del fideicomitente testador o cualquier otro interesado que demuestre su legítimo interés podrá incluso ocurrir ante las autoridades administrativas encargadas de vigilar el funcionamiento de las instituciones de crédito (Comisión Nacional Bancaria y de Seguros), para que conminen a la institución fiduciaria para que acepte el cargo que rehúsa, o bien para que haga saber al órgano judicial competente las causas graves que crea tener para excusarse y por consiguiente si el juez no considera que existan causas graves que justifique la excusa tendrá que resolver que la institución está obligada a aceptar y desempeñar el cargo y las autoridades administrativas quedarán obligadas a vigilar que efectivamente lo haga.

En el fideicomiso constituido mediante testamento la aceptación del fiduciario no llega a unirse con la voluntad del fideicomitente para constituir dicho fideicomiso, pues la aceptación de la fiduciaria es una obligación salvo causa justificada. Por lo tanto la aceptación supone lógicamente la anterior constitución, mientras que ésta última no requiere la aceptación, ni siquiera la designación de la institución fiduciaria, toda vez que dicha aceptación u posterior a la constitución del fideicomiso y a la misma designación del fiduciario.

Asimismo el albacea de la sucesión del fideicomitente testador, el fideicomisario o bien el juez, al solicitar al fiduciario la prestación del servicio público de operación de fideicomiso, éstos no están contratando con el fiduciario para constituir el fideicomiso, tan sólo están solicitando que acepte el nombramiento que en su favor se ha hecho, es más ellos en ningún momento están realizando ni conviniendo con la fiduciaria sobre la afectación de los bienes o derechos al fin que implica dicho fideicomiso testamentario, pues esa fue decisión y voluntad del fideicomitente testador.

La prestación por parte de la institución fiduciaria del servicio público de operación de fideicomiso no constituye en sí el "contrato de fideicomiso" como se le ha denominado según la práctica y los usos bancarios, pues como se ha expresado no existe ese acuerdo de voluntades entre el fideicomitente testador y el fiduciario para que el primero efectúe la afectación de los bienes o derechos al fin lícito y determinado, que es la esencia misma del fideicomiso ya constituido mediante testamento, ya que este es libre de realizar dicha afectación sin requerir para ello del consentimiento del fiduciario.

Por lo que, la aceptación del fiduciario no es un elemento de existencia del fideicomiso, más, si es condición de eficacia para su ejecución, toda vez, que ni la existencia ni la validez de dicho acto jurídico resultan involucrados en el proceso de designación y aceptación del fiduciario.

Por último, si bien es cierto que, el fideicomitente testador constituye el fideicomiso testamentario mediante una disposición testamentaria, y éste queda obligado jurídicamente desde el momento en que emite su voluntad al otorgarlo, afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito determina-

do. No es menos cierto que como prueba fehaciente de la unilateralidad del fideicomiso testamentario, el fideicomitente -testador en cualquier momento podrá revocar su testamento y con ello el fideicomiso en el constituido se tendrá por extinguido, por ser éste un derecho equiparable al que se puede reservar expresamente el fideicomitente al constituir el fideicomiso por acto entre vivos.

Por lo antes precisado es de concluir, que la constitución del fideicomiso testamentario es un acto jurídico unilateral.

2. CONCEPTO DE TESTAMENTO CON CLAUSULA FIDUCIARIA

Se ha denominado "fideicomiso testamentario", a aquel fideicomiso que se constituye mediante una disposición testamentaria y que por su propia naturaleza sus efectos quedan sujetos a la muerte del fideicomitente - testador.

Dicho fideicomiso, tienen su fundamento legal en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues permite su constitución mediante testamento.

Es de suma importancia que el fideicomitente - testador al otorgar su testamento, manifieste su voluntad de afectar ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, para que se considere constituido el fideicomiso, aunque no se señale a la institución fiduciaria que deba de ejecutarlo, ni señale a los beneficiarios. Pues la institución fiduciaria podrá ser designada de acuerdo con lo que establece el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, razón por la cual no es considerado como un elemento esencial en la constitución del fideicomiso testamentario; así mismo el artículo 347 del mismo ordenamiento prevee la constitución

del fideicomiso testamentario sin estar determinados los fideicomisarios.

Por lo cual, se puede concluir que el testamento con cláusula fiduciaria es un acto jurídico unilateral donde el fideicomitente - testador mediante una disposición de última voluntad contenida en su testamento, decide afectar ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado que deberá ejecutar una institución designada al efecto.

Es más fácil advertir, que en dicha figura jurídica existen dos momentos que pueden señalarse de la siguiente forma:

a) El primer momento, o sea, el de la constitución en el cual mediante la manifestación de la voluntad del fideicomitente - testador contenida en una disposición de última voluntad, éste decide afectar ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, encomendado o no la ejecución de ese fin a una institución fiduciaria; y

b) El segundo momento, o sea de ejecución, en el cual, el albacea de la sucesión del fideicomitente-testador, o bien el fideicomisario, según sea el caso, en cumplimiento de las disposiciones testamentarias del fideicomitente, requieren la prestación del servicio público de operación de fideicomiso a la institución designada por éste, al constituir el fideicomiso o bien con la elegida por ellos cuando no se designó según el caso concreto, para que ejecute el fin del fideicomiso.

Momentos, que por la gran trascendencia que tienen en nuestro tema en estudio, trataremos con mayor amplitud más adelante.

II. CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO MEDIANTE TESTAMENTO

Toca aquí referirnos a ese primer momento al que nos referimos en el punto anterior.

Para lo cual, si el testador desea constituir un fideicomiso a través de una disposición de última voluntad deberá expresar su voluntad en el sentido de que afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, los cuales e incluso puede determinar que sean transmitidos después de su muerte por la fiduciaria al o los fideicomisarios designados

El fideicomitente adquiere este carácter cuando expresa por una parte su voluntad de afectar ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, y por otra parte su decisión de constituir un fideicomiso de encomendar, o no la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Si el fideicomitente constituye el fideicomiso utilizando el mecanismo del testamento, deberán satisfacer todos los requisitos formales que sobre el particular o en su caso específico señale el Derecho Común vigente en el lugar donde otorgue el testamento que a él más convenga para constituir un fideicomiso mediante esa disposición de última voluntad, ya que la aplicación federal del Código Civil para el Distrito Federal, no abarca la materia testamentaria, que ésta sujeta a la legislación Común local.

Además de implicar una afectación de ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, la declaración de voluntad del testador, ésta deberá ser emitida por una persona física capaz la cual no deberá adolecer de vicios para que obligue jurídicamente al fideicomitente - testador desde el

momento en que dicta su voluntad con las solemnidades del caso, pues surge así a la vida el acto jurídico llamado testamento mediante el cual también constituye el fideicomiso teniendo el testador el derecho irrenunciable de revocar el testamento en cualquier momento y por lo tanto extinguir el fideicomiso por el constituido.

Mediante el "fideicomiso testamentario" el fideicomitente testador, puede entre otras cosas, designar una institución fiduciaria concreta para que ejecute dicho fideicomiso, o bien puede no hacerlo, así también puede designar un fideicomisario determinado, puede incluso prever la integración de un comité técnico así como señalar sus facultades y a través de él podrá disponer de todo aquello que sea permitido por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y demás Leyes aplicables al efecto, siendo en estos términos perfectamente válido.

A través del "fideicomiso testamentario", siempre será una sola persona física la que pueda constituirlo mediante disposición testamentaria. En virtud de que una de las características del testamento es la de ser un acto jurídico personalísimo por el cual no puede darse una pluralidad de fideicomitentes - testadores en la constitución del mismo, obviamente las personas morales no pueden constituir un fideicomiso mediante testamento.

Cuando la creación del fideicomiso se hace por testamento, éste queda constituido precisamente en el momento mismo en que se otorga el testamento, supeditado tan sólo a que su eficacia empiece hasta la muerte del testador, siempre y cuando no haya sido revocado.

El fideicomitente puede subordinar la eficacia del fideicomiso a otra condición suspensiva más, además de la de su propia muerte, por ejemplo a que el fideicomisario cumpla una determinada edad para que empiece a recibir los beneficios, entonces la eficacia del fideicomiso, surtirá efectos al cumplirse esa condición adicional.

1. OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO EN QUE SE DISPONE LA AFECTACION DE BIENES PARA LA CONSTITUCION DE UN FIDEICOMISO

El fideicomitente testador al otorgar su testamento mediante el cual, a través de una disposición de última voluntad constituye un fideicomiso, deberá hacerlo observando las solemnidades que establezca el Código Civil del lugar en que otorgue el tipo de testamento que haya elegido para constituirlo y además lo hará tomando en consideración los términos en que ha sido regulado el fideicomiso por nuestra legislación, es decir por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y, supletoriamente por el Código de Comercio, y el Código Civil para el Distrito Federal y en su defecto por los usos bancarios y mercantiles.

Por el antes señalado y en afán de buscar una utilidad práctica del presente estudio, procedo a precisar los términos en que deberá otorgarse el testamento por lo cual mediante disposición de última voluntad se dispone la constitución de un fideicomiso (ver anexo 1).

ANEXO I

En la Ciudad de México, Distrito Federal siendo las once horas con --
cuarenta minutos del día treinta de septiembre de mil novecientos ochenta
y ocho, Yo, el Licenciado Salvador Godínez Viera, Notario Público número
cuarenta y dos del Distrito Federal, en ejercicio en ésta capital, hago
constar el TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO, que en las oficinas ubicadas en
la calle de Reynosa número 43 Colonia Condesa de ésta Ciudad otorga el
señor ROBERTO SIERRA VAZQUEZ, ante los testigos que en el contenido del
presente instrumento se expresarán y al tenor de las disposiciones que
él mismo dictó, y que Yo, el Notario redacto en las siguientes: - - - -

C L A U S U L A S - - - - -

- - - - - PRIMERA. Declara llamarse como ha quedado escrito ser mexicano
por nacimiento, e hijo de padres mexicanos de nombres Gilberto Sierra
Huerta (finado) y Señora Hermelinda Vázquez Dueñas de Sierra, originario
de esta Ciudad en donde nació el día dieciocho de mayo de mil novecientos
cincuenta y cinco, casado, Licenciado en Derecho con domicilio en Calle
Amado Neruo No. 9, Colonia La Hera, Delegación Iztapalapa. C.P. 09720
Distrito Federal. - - - - -

- - - - - SEGUNDA. Que en únicas nupcias y bajo el régimen de separación
de bienes, se encuentra casado con la señora Elvira García Gutiérrez de
Sierra de cuyo matrimonio han procreado tres hijos de nombres: Gilberto
Eduardo, Elvira y Oscar Ricardo de apellidos Sierra García y actualmente
menores de edad. - - - - -

- - - - - TERCERA. Que instituye como únicos y universales
herederos de todos sus bienes y derechos que tenga al falle-
cer en primer lugar a su esposa la Señora Elvira García Gutiér-
rez de Sierra, quien heredará el cincuenta por ciento y el
cincuenta por ciento restante, por partes iguales, en favor
de sus hijos mencionados en la cláusula segunda, con la condi-
ción de que éstos últimos gozarán de la libre disposición
de sus respectivos haberes, si hubieren alcanzado la edad
de veinticinco años al momento de fallecer el testador y en
caso contrario, únicamente recibirán el importe de los produc-
tos, durante el tiempo necesario para alcanzar la citada edad
y antes de cumplirse el mencionado supuesto sólo podrán dis-
poner de dichos bienes y derechos, contando con el expreso

el TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO, que en las oficinas ubicadas en la calle de Reynosa número 43 Colonia Condesa de ésta Ciudad otorga el señor ROBERTO SIERRA VAZQUEZ, ante los testigos que en el contenido del presente instrumento se expresarán y al tenor de las disposiciones que él mismo dictó, y que Yo, el Notario redacto en las siguientes: - - - - -

- - - - - C L A U S U L A S - - - - -

- - - - - PRIMERA.- Declara llamarse como ha quedado escrito ser mexicano por nacimiento, e hijo de padres mexicanos de nombres Giberto Sierra Huerta (finado) y Señora Hermelinda Vázquez Dueñas de Sierra. originario de esta Ciudad en donde nació el día dieciocho de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, casado, Licenciado en Derecho con domicilio en Calle Amado Nervo No. 9, Colonia La Hera, Delegación Iztapalapa. C.P. 09720 Distrito Federal. - - - - -

- - - - - SEGUNDA.- Que en únicas nupcias y bajo el régimen de separación de bienes, se encuentra casado con la señora Elvira García Gutiérrez de Sierra de cuyo matrimonio han procreado tres hijos de nombres: Gilberto Eduardo, Elvira y Oscar Ricardo de apellidos Sierra García y actualmente menores de edad. - - - - -

- - - - - TERCERA.- Que intituye como únicos y universales herederos de todos sus bienes y derechos que tenga al fallecer en primer lugar a su esposa la Señora Elvira García Gutiérrez de Sierra, quien heredará el cincuenta por ciento y el cincuenta por ciento restante, por partes iguales, en favor de sus hijos mencionados en la cláusula segunda, con la condición de que éstos últimos gozarán de la libre disposición de sus respectivos haberes, si hubieren alcanzado la edad de veinticinco años al momento de fallecer el testador y en caso contrario, únicamente recibirán el importe de los productos, durante el tiempo necesario para alcanzar la citada edad y antes de cumplirse el mencionado supuesto, sólo podrán disponer de dichos bienes y derechos, contando con el expreso

consentimiento de su progenitora, cónyuge del testador. -
- - - - CUARTA.- Y para el caso de que al fallecer el testa-
dor, su cónyuge, la señora Elvira García Gutiérrez de Sierra
hubiese fallecido o falleciera simultáneamente con él, no
acceptare la herencia o tuviere impedimento para hacerlo, y
alguno de sus hijos o todos, fueren menores de veinticinco años,
es su voluntad que con la totalidad de sus bienes y derechos,
se constituya un fideicomiso de conformidad con las siguien-
tes estipulaciones: - - - -

- - - - FIDEICOMITENTE.- La sucesión testamentaria del
testador, representada por su albacea en funciones. - - -

- - - - FIDUCIARIA.- La Institución Nacional de Crédito
que acepte el cargo y designe el albacea en funciones. - -

- - - - FIDEICOMISARIO.- En primer lugar, sus citados dos
hijos mencionados en la cláusula segunda quienes a su falta,
renuncia o impedimento serán substituidos como fideicomisarios -
en segundo lugar por sus respectivos descendientes si los
hubiera, quienes recibirán los beneficios del fideicomiso
por estirpe, en la forma y términos que posteriormente se
precisan, y a falta de estos, los primeros nombrados, se acre-
cerán recíprocamente. - - - -

- - - - OBJETO DEL FIDEICOMISO.- Todos los bienes muebles,
inmuebles, derechos, títulos valores o de crédito, numerario,
inversiones o depósitos en cuenta bancaria, casas de bolsa
o agertes de valores y cualquier otro derecho comprendido
en el patrimonio del testador, excepción hecha de los bienes
comprendidos en los legados establecidos en el presente dispo-
sición. - - - -

- - - - FINES DEL FIDEICOMISO.- Serán fines del
fideicomiso los siguientes: - - - -

- - - - a).- Que el fiduciario reciba los bienes y dere-
chos especificados y los mantenga afectos al fideicomiso,
en beneficio de los fideicomisarios. - - - -

- - - - - b).- Que los bienes y derechos del fideicomiso cuya naturaleza lo permita, realice las inversiones de renta fija o variable, que resulten más productivas y seguras de acuerdo con los lineamientos que al efecto le señale el Comité Técnico del propio fideicomiso que más adelante se consigna y con los demás bienes realice los actos y operaciones que permitan el destino y naturaleza propios de cada bien o derecho. - - - - -

- - - - - c).- Que el importe de los productos y rendimientos que generen las inversiones y operaciones referidas en el inciso precedente, sean integrados en las cantidades que fije el Comité Técnico, a los fideicomisarios designados si son mayores de edad y capaces y en caso contrario serán integrados a la o las personas que ejerzan la patria potestad, o a los tutores de los beneficiarios, para solventar su educación, sustento y vestido, en la medida en que están acostumbrados. Si de las ministraciones periódicas que autorice el comité Técnico, una vez deducidos los gastos de administración y conservación del patrimonio fideicomitado, resultare algún remanente, éste incrementará el fondo del propio fideicomiso. - - - - -

- - - - - Los productos y rendimientos a que el presente inciso se refiere, se calcularán anualmente y el Comité técnico determinará anticipadamente las provisiones mensuales, que a cuenta de dichos ingresos serán entregados a los fideicomisarios o a sus respectivos representantes. - - - - -

- - - - - d).- Entregar a los fideicomisarios en las proporciones establecidas la totalidad de sus respectivos haberes, de conformidad con lo que establece en la cláusula sexta siguiente, o a la extinción total del mismo. - - - - -

- - - - - QUINTA.- La duración del fideicomiso a que se refiere la cláusula anterior, será por todo el tiempo que sea necesario para que el menor de los fideicomisarios sobrevivientes, designados en primer lugar alcance la edad de veinticinco años.

- - - - - SEXTA.- El fiduciario entregará a los fideicomisarios la parte que respectivamente les corresponda en la liquidación del fideicomiso de acuerdo con lo siguiente: - - - -

- - - - - a) Cada uno de los fideicomisarios designados tendrán derecho a recibir su parte alícuota, al momento de alcanzar la edad de veinticinco años. - - - - -

- - - - - b).- Al momento en que alguno de los fideicomisarios le acredite al fiduciario haber alcanzado el supuesto a que se refiere la cláusula anterior, el propio fiduciario procederá a separar de la totalidad del patrimonio fideicomitado, tantas partes como correspondan de acuerdo con las proporciones establecidas, de conformidad con los fideicomisarios que existieran, e irá entregando cada una de dichas partes al respectivo fideicomisario, una vez que le acredite el cumplimiento del requisito señalado, aumentada o disminuída dicha parte, con las utilidades o pérdidas que el patrimonio refleje al momento de la liquidación. - - - - -

- - - - - SEPTIMA.- El fiduciario podrá entregar a cualquiera de los fideicomisarios o a todos, la parte que respectivamente les corresponda sin haber cubierto el requisito señalado, si recibe instrucciones expresas en ese sentido por parte del comité técnico. - - - - -

- - - - - OCTAVA.- Se designa para integrar el comité técnico del fideicomiso, a las siguientes personas: - - - - -

- - - - - PROPIETARIOS - - - - - SUPLENTEs - - - - -

1.- Licenciado Virgilio Anduiza Valdemar. Señor Mario de la Peña Meza.

2.- Licenciado Héctor Beltrán García. Ingeniero Reyes Luna Ramos

3.- Señor Alfredo Nava Licenciada Antonieta Martínez Robles.

- - - - - NOVENA.- El comité técnico deberá actuar siempre a través de cualesquiera dos de sus miembros designados cuando menos, quien no tendrán la obligación de caucionar su manejo. - - - - -

- - - - - DECIMA.- Las decisiones del comité técnico serán tomadas por mayoría de votos de los miembros que la integran y sus sesiones deberán celebrarse periódicamente, sin que el lapso entre una y otra reunión exceda de sus meses. - - - - -

- - - - - DECIMA PRIMERA.- El comité técnico designado tendrá las siguientes facultades y obligaciones:

- - - - - a).- Aprobar y rechazar las cuentas de administración inversión, conservación, custodia, mantenimiento y manejo en general del patrimonio fideicomitado. - - - - -

- - - - - b).- Aprobar, modificar o rechazar los presupuestos de gastos. - - - - -

- - - - - c).- Aprobar modificar o rechazar programas y proyectos de inversión y proponer los que considere más convenientes. - - - - -

- - - - - d).- Autorizar los financiamientos necesarios o convenientes para la consecución de los fines del fideicomiso, o realizar los actos y gestiones que el propio comité técnico considere necesarios o convenientes para tal efecto; - - - - -

- - - - - e).- Fijar las cantidades periódicas que deba entregar el fiduciario a cada uno de los fideicomisarios o a sus representantes legales, según sea el caso de acuerdo con lo establecido en el inciso 'c' de la cláusula cuarta anterior; - - - - -

- - - - - f).- Instruir al fiduciario para que transmita o enajene los bienes o ceda los derechos que integran el patrimonio fideicomitado, si a juicio del propio comité, esto resultará necesario o conveniente para los fines del fideicomiso o de evidente beneficio para los fideicomisarios. - - - - -

- - - - - i).- En general, resolver cualquier cuestión relacionada con el fideicomiso, que a su consideración o reso-

lución le someta el fiduciario. - - - - -
- - - - - DECIMA SEGUNDA.- Y para el caso, de que faltará uno de los fideicomisarios designados en primer lugar y éste fuera suplido en los términos previstos en la cláusula cuarta, con la porción que le corresponda, se constituirá otro fideicomiso, con las mismas características y condiciones de éste fideicomiso, en el que funjirán como fideicomisarios los descendientes del fideicomisario faltante, por partes iguales, con la salvedad de su término, que será el necesario para que el menor de los fideicomisarios en segundo lugar alcance la edad de veinticinco años. - - - - -

- - - - - DECIMA TERCERA.- Para integrar el comité técnico de cualquier otro nuevo fideicomiso que tuviera que constituirse, designan a los hijos del testador, que hubieren cumplido la edad de veinticinco años a la fecha de su constitución y a las demás personas que el comité técnico designado en el fideicomiso original, nombra para tal efecto, hasta completar la cantidad de cinco miembros quienes tendrán los mismos derechos y obligaciones, precisadas para el primer fideicomiso. - - - - -

- - - - - DECIMA CUARTA.- Que designa como albaceas para que ejecuten al presente testamento en primer lugar a su esposa la señora Elvira García Gutiérrez de Sierra y a su falta, renuncia o impedimento, será substituído en segundo lugar por sus hijos mencionados en la cláusula segunda, si hubieren cumplido la edad de veinticinco años quienes actuará en forma mancomunada y en caso contrario designa a los señores María y Oscar, ambos de apellidos Sierra Vázquez quienes actuarán en forma conjunta, personas a quienes les otorgará todo el tiempo que sea necesario además del que la ley otorga para el término de su encargo. - - - - -

- - - - - DECIMA QUINTA.- Que éste es su primer testamento, pero si cualquier otra disposición apareciera y es de fecha anterior, expresamente la revoca en todas y cada una de sus

partes, pues es su voluntad que sea el presente testamento el que se cumpla y ejecute en los términos señalados. - -

- - - - -SON TESTIGOS DEL PRESENTE TESTAMENTO Los señores quienes por sus generales manifestaron ser: - - - - -

- - - - - 1. Señor Anselmo Gutiérrez Gutiérrez, nació el 9 de febrero de 1954, de nacionalidad mexicana, casado originario del Distrito Federal con domicilio en calle Laguna del Ensueño No. 52, Col. Selene en Tláhuac, Distrito Federal.

- - - - - 2. Señora Rosa de la Peña Méndez, nació el 26 de agosto de 1958, casada, originaria del Distrito Federal, con el mismo domicilio y nacionalidad que el anterior. - -

- - - - - 3. Señor Pablo de la Peña Méndez; nació el día 25 de enero de 1966, casado, originario del Distrito Federal, con el mismo domicilio y origen que el anterior. - - - - -

- - - - - Yo, el Notario certifico . . . - - - - -

LOS TESTIGOS Y YO EL NOTARIO CERTIFICAMOS: la identidad y capacidad legal del señor ROBERTO SIERRA VAZQUEZ, de que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales y libre de cualquier coacción o violencia con perfecto conocimiento del acto jurídico que se celebra. - - - - -

YO EL NOTARIO DOY FE: I. De que previa lectura en voz alta que di al presente testamento en presencia de los testigos y del testador y de que explique a este su valor y consecuencias legales manifestó su conformidad con las cláusulas que contiene por ser fiel expresión de su voluntad: II. De que se ha observado la unidad del acto y se han llenado todas las formalidades legales previstas por el Código Civil; III.- De que el testador y los testigos firman siendo las Diez Horas con treinta minutos del día y lugar citados; y IV. Haciendo constar que me aseguré de la identidad de los comparecientes quienes se identifican con los documentos relacionados en el cuerpo de este instrumento. - - - - -

AUTORIZANDO DE INMEDIATO Y DEFINITIVAMENTE con mi firma y sello. Doy Fe. - - - - -

2.- TRAMITACION DE LA SUCESION TESTAMENTARIA: JUDICIALMENTE O ANTE NOTARIO.

En el punto de tratar haremos referencia más que nada a la intervención de la institución fiduciaria dentro de la SUCESION TESTAMENTARIA; pero es menester aclarar que esta puede tramitarse en dos formas:

- A) ANTE UN JUEZ DE LO FAMILIAR, O BIEN;
- B) DIRECTAMENTE ANTE NOTARIO

Por otra parte, antes de adentrar al estudio que nos ocupa, es conveniente aclarar, que la aceptación de la institución fiduciaria para actuar como tal, deberá ser conjunta con la tramitación del juicio sucesorio, además de que deberá constar en instrumento público, ya sea ante Notario o la autoridad judicial que conozca de la sucesión del fideicomitente testador.

Ahora bien, la intervención de la institución fiduciaria dentro de una sucesión podrá ser, bien como administradora, intermediaria o albacea de la misma para que los fideicomisarios herederos o legatarios, reciban los beneficios que el fideicomiso testamentario aporte.

A. TRAMITE DE LA SUCESION TESTAMENTARIA, ANTE UN JUEZ DE LO FAMILIAR (INTERVENCION DE LA INSTITUCION FUDICIARIA)

Si la institución fiduciaria tiene en su poder el testamento, al promover el juicio de testamentaria deberá presentarlo ante el juez, quien sin más trámite lo tendrá por radicado y en el mismo auto convocará a una junta para

que si hubiera albacea nombrado en el testamento, se les de a conocer a los interesados y si no lo hubiera, se proceda a elegirlo conforme a lo dispuesto por el Código Civil Vigente en el Distrito Federal y Art. 790 del Código de Procedimientos Civiles. En el supuesto de que la institución fiduciaria no tenga en su poder el testamento, pero tiene conocimiento de su existencia y del lugar en que se encuentra, deberá en la denuncia poner en conocimiento del juez todos los datos necesarios para que este sea presentado a los interesados.

A la Junta que se refiere el Art. 790 del C.P.C. del D.F., deberá citarse a la institución fiduciaria a fin de que de a conocer los derechos y obligaciones de los fideicomisarios herederos como beneficiarios que son de la sucesión del de cujus.

Pero si la institución fiduciaria es designada albacea, entonces deberá ser la que defienda la validéz del testamento y sus obligaciones serán las siguientes de acuerdo al artículo 1706 del C.C.V. en el D.F.

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 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 en contra de ella;

IX. Las demás que le imponga la ley.

La Institución fiduciaria desde que acepta el cargo que el testador le haya encomendado, bien sea como administradora, albacea o intermediaria para adjudicar los bienes a sus respectivos herederos fideicomisarios; desde ese momento la fiduciaria comenzara a ejecutar el fideicomiso y por lo tanto, tendrá todas las obligaciones que el fideicomitente testador le haya impuesto y que le sea posible cumplir en tanto dura el juicio sucesorio.

Si el cargo que desempeñara la institución de crédito es el de albacea juntamente con el de fiduciaria su remuneración será la que fijen los herederos fideicomisarios con la intervención del Banco de México, organismo facultado para fijar el máximo de las percepciones que las fiduciarias deben recibir por el desempeño de sus funciones, ya que, esta facultad de las instituciones de crédito no se encuentra regulada en la legislación sustantiva del fideicomiso; pero si el cargo que desempeñare fuera unicamente el de albacea y el testador fuera omiso en este aspecto, se estará a lo establecido por el artículo 1741 y siguientes del Código Civil del Distrito Federal, mismo que a la letra dice: "Si el testador no designa-

re la retribución, el albacea cobrará el dos por ciento sobre el importe líquido y efectivo de la herencia y el cinco por ciento sobre los frutos industriales de los bienes hereditarios".

El artículo transcrito, en la práctica del fideicomiso no tiene gran trascendencia, toda vez, que la remuneración de la institución, sea, cual sea, el cargo que esta desempeñe será fijada por el Banco de México.

La remuneración de la institución fiduciaria es variable en razón de la actividad que esta desempeñe (administradora y albacea) y el importe líquido y efectivo que integren la masa hereditaria; pero siempre habrá un tope, es decir un máximo que le institución reciba como remuneración de su actividad.

Al concluir el juicio sucesorio la institución fiduciaria dejará de tener la calidad de albacea, para pasar hacer únicamente fiduciaria y cumplir con los fines para lo cual se constituyo el fideicomiso.

La intervención de la Institución Fiduciaria, ya sea ante alguna autoridad judicial o bien ante un notario, siempre será como ha quedado expresado, sólo que el trámite ante Notario es más sencillo, como veremos enseguida.

B) TRAMITE DE LA SUCESION TESTAMENTARIA. ANTE NOTARIO.

Los artículos 1872 y siguientes del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal permite que algunas sucesiones se tramiten ante Notario, es decir extrajudicialmente y sin intervención del Juez.

Para que una sucesión pueda tramitarse ante Notario

será necesario reunir los siguientes requisitos:

- a) La existencia de un TESTAMENTO;
- b) Que los herederos y legatarios sean MAYORES DE EDAD;
- c) Que no haya CONTROVERCIA entre los mismos.

Pero no podrá llevarse el tramite de una sucesión ante Notario, cuando siendo mayores de edad los herederos y legatarios estén sujetos a interdicción.

PROCEDIMIENTO: I.- Ante un Notario se exhibirá el acta de defunción y el testamento del de cujus, documentos suficientes para que el Notario comience a dar tramite a la sucesión; redactará una escritura la que se asentará en el protocolo a su cargo y en ella se tendrá por redicada la sucesión y los herederos y legatarios aceptan la herencia y el albacea el cargo conferido. El Notario hace saber lo anterior en dos publicaciones en un diario de los de mayor circulación y la declaración del albacea que procede a formular el inventario de los bienes de la herencia; el Notario además solicita se le informe por el Archivo Judicial, El Archivo General de Notarias y el Registro Público de la Propiedad, sobre la última disposición testamentaria que aparezca registrada en dichas oficinas por el testador.

II.- En una segunda escritura formulada por el Notario se protocolizará el inventario, el proyecto de partición de los bienes y se aplicarán estos a los interesados, dándose por terminada la sucesión.

Nota.- El anterior procedimiento se aplica también en caso de sucesiones intestadas cuando los herederos han sido declarados por el juez y todos sean mayores de edad, solicitando los interesados su separación del juzgado para

continuar su procedimiento ante un Notario a quien se le turnará al expediente judicial para la adjudicación de los bienes.

Debe hacerse notar que en estas tramitaciones, el Notario debe tener las mismas obligaciones y los mismos derechos de un juez, que sean compatibles con sus funciones y, principalmente que debe el notario cumplir con las normas de la competencia judicial que determinan que es juez competente para conocer en los juicios hereditarios; el del lugar del último domicilio del autor; a falta de éste el del lugar donde estuvieren ubicados los bienes raíces de la herencia; y si estuvieren en varios, el juez de cualquiera de ellos a prevención y a falta de los anteriores el del lugar de fallecimiento (art. 156 - V del C. P. C.)

3.- ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA.

LA ACEPTACION 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 de cujus que no se extinguen con la muerte, invocando o no el beneficio de inventario. El principio general en nuestro derecho es el de que aceptación o repudiación deben ser libres, puras, ciertas, totales y con carácter retroactivos". (135)

Tanto la Aceptación como la Repudiación deberán ser libres puras ciertas y totales, y con carácter retroactivo, además de que tampoco podrán estar sujetas a término o a condición; todo esto es virtud de que nadie esta obligado a aceptar

(135) Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. P. 234.

o repudiar una herencia y en caso de que se acepte o repudio deberá hacerse sin violencia física o moral de tal manera que si el heredero fuera víctima de alguno de los vicios antes mencionados nulificará cualquiera de los dos actos.

Al respecto los artículos 1670 y 1671 del Código Civil expresan:

"La aceptación o repudiación, una vez hechas, son irrevocables, y no pueden ser impugnadas sino en los casos de dolo o violencia".

"El heredero puede revocar la aceptación o repudiación cuando por un testamento desconocido, al tiempo de hacerla, se altera la cantidad o calidad de la herencia".

La aceptación de la herencia podrá ser expresa o tácita. Será expresa cuando se declare terminantemente ante el juez que conoce del juicio sucesorio, o bien sea en un documento público ante Notario, y será tácita, si el heredero ejecuta algunos hechos de los cuales se deduzca necesariamente la intención de aceptar, o aquellos que no podría ejecutar sino con su calidad de heredero. (Art. 1656 del C. C.)

LA REPUDIACION DE LA HERENCIA.- es simplemente la renuncia a ser heredero, lo implica ser reputado como nunca heredero y, por tanto, que ésta vacancia sea llenada, no por el que determine el renunciante (que no tiene ya ninguna derecho sobre la herencia), sino por la persona a quien corresponda según la Ley.

La repudiación de la herencia se rige por las mismas reglas de la aceptación a excepción de que la repudiación siempre deberá ser expresa y nunca tácita (art. 1661), el

presunto heredero deberá dirigir un escrito ante el juez que conozca del juicio sucesorio, repudiando expresamente la herencia; o bien, también la podrá hacer ante Notario mediante escritura pública, cuando la sucesión se tramite ante esté o el heredero no se encuentre en el lugar donde se esta tramitando la sucesión.

Es menester comprender también, que cuando el heredero renuncie a la herencia testamentaria también comprenderá la herencia ab intestatio; más sin embargo cuando se renuncia a la herencia legítima desconociendo la existencia de un testamento, no se presume la renuncia de la herencia testamentaria. Arts. 1663 y 1664.

Si el heredero que repudia la herencia es también legatario no pierde el derecho de cobrar su legado, a menos de que se trate de un heredero ejecutor, es decir albacea, porque entonces si se le sancionara con la pérdida del legado.

Ahora bien, las personas que pueden repudiar una herencia deberán ser capaces para disponer de sus bienes, es decir deberan ser mayores de edad y estar en plenas facultades mentales.

Los menores de edad o incapacitados no podrán renunciar a una herencia, si no es mediante su representante legítimo y con autorización judicial y el juez sólo autorizará esta renuncia si considera que es perjudicial la calidad de heredero para el incapacitado.

Tanto las corporaciones, como las instituciones de beneficencia, tampoco podrán renunciar a una herencia sin previa autorización judicial. Y finalmente los establecimientos públicos no pueden repudiar una herencia sin consentimiento de la autoridad administrativa.

III. DIFERENCIA ENTRE EL MAL LLAMADO FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y EL TESTAMENTO CON CLAUSULA FIDUCIARIA.

Como lo hemos venido expresando a lo largo de la presente tesis, existen diversas formas de constituir un fideicomiso, aunque definitivamente estos siempre deberán constar por escrito. Y una de ellas es el fideicomiso testamentario al que hemos dedicado éste último capítulo para su estudio.

Asimismo, hemos expresado que el testamento con cláusula fiduciaria es aquel que se constituye mediante la disposición de última voluntad y que por su propia naturaleza sus efectos están condicionados al fallecimiento del fideicomitente testador.

Pero, en la práctica bancaria se ha llegado a confundir el fideicomiso celebrado por acto entre vivos con "cláusula testamentaria", con el verdadero fideicomiso testamentario o testamento con cláusula fiduciaria; toda vez que en ambos sus efectos se encuentran condicionados al fallecimiento del testador; pero más sin embargo existe marcadas diferencias como lo haremos notar enseguida.

Así tenemos, que en la práctica bancaria se ha acostumbrado que el fideicomitente que quiera constituir un fideicomiso con "cláusula testamentaria" acuda a una institución bancaria y celebre un "contrato de fideicomiso" (es decir un contrato por acto entre vivos) en el que afecta ciertos bienes o derechos para que sean administrados a favor del mismo fideicomitente o el fideicomisario que el mismo señale y que a su muerte sean transmitidos por dicha institución fiduciaria al fideicomiso designado.

Cabe señalar que, si el fideicomiso constituido en

estos términos, sus efectos si así se estableció, están condicionados suspensivamente a la muerte del fideicomitente. Sin embargo, si el fideicomiso es irrevocable, la transmisión del patrimonio fideicomitado opera en vida del fideicomitente.

A este fideicomiso, a que hemos hecho referencia, es al que se la ha mal llamado fideicomiso testamentario, toda vez, que no reúne las condiciones de testamento, por lo cual no debe demoninarse de esta manera, además de que constituye un fraude a la ley, ya que viola el espíritu de la misma puesto que existe un acto jurídico único mediante el cual se puede suceder por causa de muerte, como es el testamento. En este tipo de fideicomiso, se utiliza una norma permisiva para, pasar por alto una prohibitiva, violando como ya se dijo su espíritu y no la ley, lo que es necesario mencionar para los fines del presente estudio y dejar constancia de ello.

Sin embargo, el verdadero fideicomiso testamentario o testamento con cláusula fiduciaria queda constituido en el momento mismo en que se otorga debidamente el testamento; es decir que se otorgue con todas las formalidades que el tipo de testamento requiera afectando ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, encomendando o no la ejecución de dicha afectación a una institución fiduciaria; sin perjuicio de que su eficacia no empiece sino hasta el fallecimiento del testador, y sin perjuicio de su revocabilidad.

De esta manera, no cabe duda alguna, de que en la constitución de dicho acto jurídico, solo es indispensable la voluntad del fideicomitente-testador para afectar ciertos bienes o derechos de su propiedad para un fin lícito y determinado, y que no requiere de otros elementos para disponer en tal forma de sus bienes o derechos.

Como podemos darnos cuenta, ambos fideicomisos son diferentes y sólo uno de los citados es fideicomiso testamentario el que se constituye mediante disposición de última voluntad, y no aquel que contiene únicamente cláusula testamentaria; porque para ser fideicomiso testamentario será necesario que el testamento mediante el cual se va a constituir el fideicomiso reúna las formalidades que el tipo de testamento requiera.

Consiguientemente, considero que el fideicomiso creado mediante disposición de última voluntad queda constituido en el momento mismo en que queda debidamente otorgado el testamento, mediante el cual el fideicomitente testador afecta en ese acto personalísimo ciertos bienes o derechos o un fin lícito y determinado, sin requerir de otra voluntad, para efectuar dicha constitución, afectación patrimonial e incluso para designar institución fiduciaria que ejecute dicho fideicomiso.

Una vez que se han marcado las diferencias entre el mal llamado fideicomiso testamentario y el verdadero fideicomiso testamentario; pasaremos al estudio de la ejecución del fideicomiso testamentario.

IV. EJECUCION DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Para la ejecución del fideicomiso testamentario, es necesario que la institución fiduciaria este designada, quien a la vez habrá de manifestar si acepta o no el cargo para la ejecución de dicho fideicomiso.

Así tenemos, que la institución fiduciaria puede ser designada en el testamento mediante el cual el fideicomitente-testador constituye el fideicomiso. Pero esto no indica, necesariamente que la persona que pretenda constituir un fideicomiso mediante un testamento tenga la obligación de designar concretamente a la institución fiduciaria; porque puede ser que el fideicomitente testador, no se tome la molestia de designarla, toda vez que considera que cualquiera que se designe para ejecutar el fideicomiso testamentario será digna de confianza, por ser el Estado el que presta el Servicio Público de Banca y Crédito a través de las instituciones de crédito, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito; y por ser estas las únicas encargadas de realizar las operaciones de fideicomiso; o bien, se abstiene de nombrarla, porque prefiere que lo haga el fideicomisario quien, en última instancia será el beneficiario del fideicomiso.

Pero, puede darse el caso, de que el fideicomitente-testador, no designe fideicomisario ni fiduciario concretos; dada esta situación el nombramiento del fiduciario correspondiera al juez de primera instancia del lugar donde se encuentren ubicados los bienes. Igualmente se hará cuando habiendo fideicomisario y aún aceptando la designación, no quiera designar fiduciario, hipótesis poco probable, pero jurídicamente posible.

Ahora bien, la designación judicial de la institución

fiduciaria presenta algunos problemas, como por ejemplo, quien va a plantear al juez competente la designación de fiduciario, si ya ha fallecido el fideicomitente - testador, y no existen fiduciario, ni fideicomisario.

En este caso la solución jurídica corresponderá al Ministerio Público, quien en ejercicio de las facultades que le concede el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, planteará al juez la designación de la institución fiduciaria; pero ¿quien va a su vez instar al Ministerio Público para que ejecute su función? la respuesta jurídica a nuestra interrogante, sera que corresponderá al albacea designado en el testamento. Pues en este supuesto, los bienes o derechos fideicomitados, quedarán sujetos a que el albacea designado en el testamento al realizar la denuncia de la sucesión, autor del fideicomiso testamentario y aceptar el cargo, solicite al agente del ministerio público su intervención, o bien, él mismo pedir a dicho Juez la designación de la institución fiduciaria que ejecute el referido fideicomiso.

Otro de los problemas que presenta la designación judicial de la institución fiduciaria, sería el hecho de decidir que juez es competente para hacer la designación si los bienes fideicomitados se encuentran en diferentes lugares e inclusive en diferentes países.

En este caso sería competente cualquiera de los jueces; pero tendrá prioridad el juez de la jurisdicción donde se encuentren ubicados los bienes de mayor importancia. Cabe mencionar que ninguna solución ésta prevista en nuestra ley.

Reafirmando la postura que hemos venido sosteniendo hasta el momento de que el Fideicomiso testamentario se consti-

tuye en virtud de la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente-testador al otorgar su testamento, y tanto para la ejecución de este como para la del fideicomiso se requiere la intervención de un albacea y de una institución fiduciaria que realicen dicha ejecución; pero cabe señalar que en ningún caso la designación y aceptación de dichos cargos son elementos esenciales para la existencia jurídica del negocio, sino que solamente para su eficacia toda vez, que la voluntad del fideicomitente testador, surge con independencia a una manifestación de voluntad del fiduciario quien puede ser designado posteriormente a la constitución del negocio, sin importar si acepta o no el cargo conferido., por eso no es concebible que la voluntad del fideicomitente testador y la aceptación del cargo por parte a la institución fiduciaria se fusionen en un sólo acto contractual.

El caso es que la voluntad del fideicomitente testador tiene un contenido que es la afectación de bienes y derechos, y la voluntad del fiduciario tiene otro contenido distinto y que es la aceptación del nombramiento para la ejecución del fideicomiso-testamentario; por eso no podemos decir que ambas voluntades constituyen un acto contractual; además de que en la disposición de última voluntad por parte del fideicomitente testador, el fiduciario no puede manifestar su voluntad de si acepta o no intervenir en el fideicomiso.

Ahora bien, una vez designada la institución fiduciaria, pasemos a tratar lo que se refiere a su aceptación; y esta deberá ser conjunta con la tramitación del juicio sucesorio, además de que deberá constar en instrumento público, ya sea ante notario o autoridad judicial (como ya lo prescribimos anteriormente) que conozca de la sucesión del fideicomitente -testador.

Así tenemos que el artículo 350 de la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito especifica los casos en que el cargo de fiduciario pueda quedar vacante, a pesar de estar designada por el fideicomitente testador; y estos son los siguientes.

- a) Por la noaceptación
- b) Por renuncia
- c) Por remoción

Por otra parte, el artículo 356 del mismo ordenamiento, habla de los deberes y derechos que tiene la institución fiduciaria designada para el cumplimiento del fideicomiso: pero al mismo tiempo le impone: que no podrá excusarse o renunciar a su cargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

De acuerdo al artículo en cita, la institución fiduciaria no es libre de rechazar el nombramiento, toda vez que no podrá "excusarse" a su entero arbitrio, sino que esa no aceptación debe estar fundada en causa grave, cuya calificación la ley misma encomienda a un órgano judicial, quien podrá apreciar libremente la existencia y gravedad de las causas invocadas por la referida institución para justificar su excusa; asimismo, dicha institución será responsable de los daños y perjuicios que ocasione a un tercero por su ilícita negativa a desempeñar un servicio al que estaba justificadamente obligado.

Dada esta situación, será el albacea de la sucesión del fideicomitente testador, o los fideicomisarios (herederos legatarios, o bien cualquier otro interesado que demuestre su legítimo interés, los que podrán recurrir a las autoridades administrativas encargadas de vigilar el funcionamiento

de las instituciones de crédito (Comisión Nacional Bancaria) para que de alguna manera hagan que la institución fiduciaria acepte el cargo o haga saber al organo judicial competente las causas graves que crea tener para excusarse. Si el juez no considera que existan causas graves que justifiquen la excusa, tendrá que resolver que la institución está obligada a aceptar y desempeñar el cargo.

Así también, los fideicomisarios (herederos y legatarios) o el albacea de la sucesión del fideicomitente - testador o los terceros perjudicados por la ilícita abstención de la institución fiduciaria, pueden reclamar (como antes ya lo hemos notado) a dicha institución los daños y perjuicios que les ocasione por su excusa infundada a aceptar y desempeñar el cargo.

Así pues, es obligatoria salvo causa grave justificada, la aceptación del fideicomiso por parte de la institución fiduciaria. Si el juez competente califica como graves las causas que invoque el fiduciario para excusarse aceptar y desempeñar el cargo deberá nombrarse otra para que la substituya; y si no fuere posible está substitución el fideicomiso se extingue, en los términos de la fracción VII del artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En consecuencia podemos deducir; que la aceptación del fiduciario no llega nunca a unirse con la voluntad del fideicomitente - testador para constituir el fideicomiso, por lo tanto hay que concluir que está es otro acto unilateral que tiene lugar con posterioridad al acto constitutivo. En otro orden de ideas, la presencia del fiduciario en el fideicomiso testamentario, sólo es condición de eficacia para su realización; pero no para su existencia y validez. Es por ello, que la constitución y aceptación son dos actos unilaterales.

les sucesivos; la aceptación supone lógicamente la constitución, mientras que está última requiere la aceptación ni siquiera la designación de la institución fiduciaria.

Por último cabe recordar que es el Estado el que presta el servicio de Banca y Crédito, a través de las Instituciones Nacionales de Crédito y éstas son las únicas que pueden realizar las operaciones de fideicomiso a cambio de una remuneración que le pagan los fideicomisarios herederos o legatarios, o bien cobra en base al monto del patrimonio fideicomitado conforme a las tarifas establecidas.

Ahora bien, el estado debe prestar el servicio público de Banca y Crédito, de manera eficiente, regular, continúa, general e igual y no puede a su capricho prestar el servicio o dejar de prestarlo, interrumpiéndolo cuando así lo desee o introducir trato discriminatorio entre los usuarios, por lo mismo no tiene derecho a seleccionarlos y prestar el servicio a unos y negárselo a otros, pues en la medida de su capacidad está obligado a prestar el servicio a toda persona que lo solicite y satisfaga las condiciones requeridas para tener derecho al mismo.

Una vez que hemos precisado, tanto los elementos de válidos como de existencia para la constitución del fideicomiso - testamentario, pasemos a tratar directamente lo que nuestro punto a tratar se refiere, y que es:

LA EJECUCION DEL FIDEICOMISO.

Como ya lo hemos expresado a lo largo del presente estudio, el testamento mediante el cual se constituya un fideicomiso deberá llenar todas las solemnidades propias del tipo especial del testamento de que se trate; para que después

de la muerte del fideicomitente testador, los bienes y derechos que se haya fideicomitido se ajusten a las formalidades que para cada uno de ellos impone la ley. Esto, siempre y cuando este designada la institución fiduciaria y haya aceptado el cargo para ejecutar el fideicomiso.

De esta manera se perfeccionan las disposiciones testamentarias del de cujus, pues prácticamente, al fallecer el fideicomitente - testador, los bienes quedan a disposición de la institución fiduciaria para llevar acabo el fin establecido en el testamento; por lo que se procederá a la firma de los documentos necesarios tendientes a la transmisión de los bienes que formen el acervo hereditario.

Así tenemos que:

Cuando el fideicomiso tenga por objeto bienes inmuebles, será necesario que conste en escritura pública y se inscriba dicha afectación en el Registro Público de la Propiedad del lugar donde se encuentren ubicados los bienes afectados, para que surta efectos jurídicos.

Si el objeto del fideicomiso fueren bienes muebles bastara con la simple adjudicación y entrega de los mismos a la fiduciaria; pero esta adjudicación y entrega se hara con las formalidades de ley que para ello se requiera.

Si se tratare de un crédito no negociable, se tendrá que notificar al deudor para su entrega; si se tratare de un título nominativo, este se deberá endosar a la Institución fiduciaria, y se tendrá que hacer constar en los registros del emisor; si se tratare de cosa corporea o título al portador unicamente se entregará a la fiduciaria.

Cumplidos que sean los requisitos antes expresados, la institución fiduciaria podrá estar en la posibilidad de entrar plenamente a la etapa de cumplimiento y ejecución, en la cual ocupa un papel activo y principal o secundario en ocasiones cuando sigue instrucciones de un comité técnico, actividad que se desempeña a través de sus delegados fiduciarios y apoyados por supropio personal el cual se considerará al servicio del patrimonio fideicomitado, contratado específicamente para prestar el servicio al fideicomitente - testador.

Sin embargo se nos puede presentar otro problema respecto a la ejecución del fideicomiso, cuando el fideicomitente testador ha designado varios fideicomisarios para que recibieran simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso. Dada esta situación los fideicomisarios (herederos y legatarios) únicamente podrá ser substituidos por causa de muerte; a excepción de que dicha substitución se haga en favor de personas que estenyivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente testador.

Ahora bien, para determinar si una persona puede o no ser fideicomisario, será necesario tomar en cuenta la muerte del fideicomitente testador y al respecto, la persona que se determine como fideicomisario deberá ser capaz en el momento de la muerte del testador. Si la incapacidad para ser fideicomisario sobre viene despues de la muerte del fideicomitente testador, no origina la imposibilidad de adquirir el producto del fideicomiso testamentario y si este estuviera condicionado se requiriera, además, que el fideicomisario sea capaz en el momento que se realice la condición estipulada.

Cabe mencionar, que mientras los bienes de la sucesión se encuentren afectados en fideicomiso, la propiedad de dichos bienes no se podrá transmitir a los fideicomisarios- herederos

y legatarios, estos unicamente tendrán el derecho a recibir los beneficios que éste aporte; y se les transmitirá la propiedad hasta que el testador lo haya juzgado conveniente y así lo haya dispuesto en su testamento.

Por otro lado, en las operaciones de fideicomiso, la institución fiduciaria desempeñará su función y ejercerá sus facultades que la ley y el acto constitutivo le confiera por medio de sus delegados fiduciarios pues como persona moral, sólo a través de sus representantes pueda actuar; y aunque el fiduciario tenga todos los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento del fideicomiso no puede ejercerlos libremente, ya que por un lado tiene que avocarse a cumplir la voluntad del fideicomitente tal como quedo plasmado en el acto constitutivo. Por otra parte debe ajustarse a las reglas de operación que le señalan las leyes.

Por ello, debe concluirse que las facultades del fiduciario son limitadas al fin y son simples instrumentos para que está pueda cumplir adecuadamente el encargo.

1.- INTERVENCION DE LA INSTITUCION FIDUCIARIA EN FAVOR DE LOS FIDEICOMISARIOS.

Todos sabemos que los bienes de la sucesión (herencia) afectados en fideicomiso pasan a poder de la institución fiduciaria, convirtiéndose está en propietario; pero propietario jurídico y no económico; porque el beneficio económico corresponde al fideicomisario.

Así tenemos, que la institución fiduciaria no es propietaria permanente de los bienes fideicomitidos sólo tiene el dominio sobre ellos mientras realiza el fin del fideicomiso, al extinguirse este ya sea por cumplir con el fin para el que fue constituido; por haberse hecho imposible su continua-

ción; por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto, cuando se haya removido a la fiduciaria y no sea posible sustituirla, etc. entonces la fiduciaria deberá transmitir los bienes al fideicomisario o a la persona que haya designado el fideicomitente testador.

La Ley Sustantiva impone a la fiduciaria la obligación de obrar como un buen padre de familia, durante el funcionamiento del fideicomiso y al mismo tiempo impone la obligación de responder por los daños y perjuicios causados al faltar al cumplimiento fiel del fideicomiso, por ello la fiduciaria tiene la obligación de obrar en forma excesivamente cuidadosa; para dar fiel cumplimiento a la declaración de última voluntad del fideicomitente testador.

Dicho lo anterior, todos sabemos que el deber principal del funcionario fiduciario es para con los beneficiarios del fideicomiso, esto es en razón de que el fideicomitente testador, al dejar constituido un fideicomiso es para dejar debidamente protegidos a sus respectivos herederos y legatarios, toda vez que, la Institución fiduciaria actuará como un buen padre de familia, y asimismo les habrá asegurado la protección y cuidado que él en vida hubiera querido darles.

Actualmente, la gente espera de las Instituciones Fiduciarias, que den fiel cumplimiento a su voluntad y principalmente si está es manifestada a través de un testamento. De esto se deduce que los principios que deben regir a las Instituciones fiduciarias sean los siguientes: 1º. Que el servicio que preste la fiduciaria a los beneficiarios sea personal y tan eficiente como el que se presta a los negocios económicos. 2º. Que las relaciones entre los beneficiarios y la fiduciaria sea personal y además llevadas con comprensión y tacto, y 3º. Los beneficiarios habrán de ponerse en contac-

to directo con los funcionarios administrativos o los superiores del departamento del fideicomiso.

En consecuencia, para que el fiduciario pueda tener éxito en su cometido, habrá de tener un interés genuino, inteligente y comprensivo tanto en el bienestar personal como en el material de su beneficiario.

3. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

A mayor abundamiento señalare algunas de las ventajas que trae consigo el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

1°. En primer lugar cita a la FIDELIDAD como una de las ventajas que trae consigo el fideicomiso testamentario, en virtud de que aún después de la muerte del fideicomitente testador los bienes quedan bajo el poder y cuidado de la institución fiduciaria, a quien se le considera legalmente propietaria de los bienes fideicomitidos; pero única y exclusivamente para cumplir los fines del fideicomiso.

En la constitución del fideicomiso, el único interés de la Institución Fiduciaria es cumplir con la voluntad del fideicomitente testador, pues de esta manera se asegura que, a los bienes fideicomitidos se les dará el destino indicado por él mismo; situación que no es posible mediante el testamento ordinario, porque en este caso, los herederos y legatarios, automáticamente pasarían a ser propietarios de los bienes que integren la masa hereditaria, y de esta manera harían con los bienes lo que más crean conveniente, aún apartándose de la voluntad del testador.

2°. Otra de las ventajas del fideicomiso testamentario es la CAPACIDAD que tiene la INSTITUCION FIDUCIARIA, princi

palmente por su gran especialización en el manejo de capitales además de los implementos técnicos y profesionales de que goza toda Institución de Crédito. Con todo esto la Institución Fiduciaria excede la capacidad de cualquier albacea ordinario que se encargue de aplicar los bienes a los herederos y legatarios.

3°. La PERMANENCIA, es otra de las ventajas de que goza el fideicomiso testamentario, principalmente porque la Institución Fiduciaria, siendo una persona moral, no corre el riesgo de que ésta llegue a fallecer y por lo mismo no pueda cumplir con la voluntad del fideicomitente testador.

4°. El fideicomiso Testamentario EVITA CONFLICTOS entre los fideicomisarios, además de que ahorra dilatado y costoso procedimiento sucesorio.

5°. La ADMINISTRACION, es considerada como una ventaja del fideicomiso testamentario, toda vez que por medio de esta se pueden lograr infinidad de actividades lícitas y posibles ejemplo de ello es:

A. El pago de una mensualidad que la institución fiduciaria deberá aportar, por instrucciones del fideicomitente testador, para el sosten de la familia.

B. Entrega del patrimonio fideicomitado a los hijos del de cujus, cuando estos alcancen determinada edad o un título profesional.

C. El pago de deudas contraídas en vida del testador.

D. La entrega de productos o capital a asociaciones y/o fundaciones de beneficencia, culturales, científicas, etc.

6ª. La RESPONSABILIDAD DE LA INSTITUCION FIDUCIARIA, también es considerada como una ventaja del fideicomiso testamentario en virtud de que responderá civilmente del mal uso o pérdida culpable de los bienes fideicomitidos.

7ª. la DEPRECIACION, también es una ventaja del fideicomiso testamentario; toda vez, que se puede reinvertir una parte de los productos para que no se deprecie el valor del patrimonio fideicomitido.

8ª. La Institución Fiduciaria podrá ADQUIRIR bienes con cargo al patrimonio fideicomitido, para beneficio de los fideicomisarios si esas fueran las instrucciones del fideicomitente testador.

CONCLUSIONES

1.- EL fideicomiso tiene su raíz etimológica en las palabras fides, que significa fe y commissum que significa comisión, encargo. Por lo tanto Fideicomisum significa encargo o comisión basado en la confianza.

2.- El fideicomiso en nuestro País se origino en el Derecho de los países Anglosajones, es decir en el Derecho Inglés y en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde desde hace mucho tiempo usan ésta Institución con el nombre de Trust.

3.- El fideicomiso en México, fue legislado y aceptado por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimiento Bancarios de 1926. Fue la primera Ley en la que verdaderamente se hizo referencia al fideicomiso; y en la misma se autorizaba a las Instituciones bancarias para actuar como fiduciarias.

4.- Nuestra legislación, a paso del tiempo, ha adoptado nuevas modalidades al respecto, y actualmente, el cargo de fiduciarias se ha reservado única y exclusivamente a las Instituciones Nacionales de Crédito mismas que tomarán la abasoluta titularidad de los bienes o derechos afectados en fideicomiso, bajo las bases de seguridad confianza y habilidad, obligandose a obtener el fin legal perseguido.

5.- Al tratar de definir al fideicomiso, nos encontramos con el problema de que el fideicomiso en nuestra legislación, se encuentra regulado con excesiva vevedad, lo que ha dado motivo a una gran polemica entre las diversas teorías que han planteado algunos autores. De tal manera que la Natu-

raleza jurídica del fideicomiso se llegó a unificar atendiendo a su regulación en la misma ley, así como en su funcionamiento.

6.- El fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud del cual, este destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito de terminado, a la ejecución de los actos que tienden al logro de ese fin, deberá realizarse por medio de la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.

7.- La licitud y la determinación, son las características que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito atribuye al fin del fideicomiso, y con las que se podrán realizar infinidad de actividades jurídicas justificables.

8.- El fideicomiso, con las características que la LGOTC, le atribuye, es útil institucionalmente a las personas físicas, a las empresas, a las entidades públicas etc., además de que se adapta a sus respectivas necesidades.

9.- El fideicomiso, podrá constituirse por acto entre vivos o por testamento; pero siempre deberá constar por escrito.

10.- Al fideicomiso constituido mediante testamento, se le ha denominado fideicomiso testamentario, por lo que es obvio que el fideicomitente testador manifieste expresamente su voluntad de constituir un fideicomiso mediante su testamento.

11.- En la virtud, el fideicomiso testamentario, es aquel que se constituye mediante una disposición testamen-

taria y que por su propia naturaleza sus efectos quedan sujetos a la muerte del fideicomitente testador.

12.- El testamento mediante el cual se constituya un fideicomiso debera de llenar todas las formalidades propias que para el tipo especial del testamento se requiera.

13.- El fideicomiso testamentario queda constituido en el momento mismo en que se otorga el testamento, superditan-do sus efectos a la muerte del testador; y claro, siempre y cuando éste no haya sido revocado.

14.- Mediante el difeicomiso-testamentario, se da veracidad a la unilateralidad del fideicomiso, toda véz que para su constitución únicamente se requiere la expresión de voluntad del fideicomitente testador, y no se requiere de ningún otro elemento para que éste pueda disponer de sus bienes o derechos a un fin lícito determinado.

15.- Para la ejecución del fideicomiso - testamenta-rio, será necesario la intervención de una institución fiducia-ria, misma que podrá ser designada por el fideicomitente - testador, por el albacea de la sucesión, por los fideicomis-arios herederos o legatarios, o por el Juez de Primera instancia.

16.- La institución fiduciaria designada, deberá actuar en forma excesivamente cuidadosa; para dar fiel cumpli-miento a la declaración de última voluntad del fideicomitente testador; y así aplicar en favor de los beneficiarios los rendimientos y productos que el fideicomiso aporte.

17.- En México existe todavía mucho desconocimiento de éste negocio y poca es la gente que otorga un testamento, constituyendo un fideicomiso, generalmente las personas que

lo realizan son las que están de alguna manera preparadas y cuentan con los recursos económicos necesarios para realizar este tipo de negocio.

18.- El desconocimiento de esta figura jurídica también se debe a que no se encuentra regulado con la debida propiedad e importancia que este requiere, toda vez que nuestra LGTOC. únicamente lo menciona; por eso es recomendable a nuestros legisladores que tomen en cuenta esta figura jurídica y que se legisle más ampliamente y con la importancia que esta requiere.

19.- Independientemente, de que mediante el testamento se constituya o no un fideicomiso, es recomendable que todas las personas que posean un patrimonio, otorguen su testamento, para no dejar al arbitrio de la vida a sus beneficiarios, y de esta forma dejarlos protegidos; y principalmente cuando existen menores de edad o incapacitados.

20.- Entre las ventajas que presenta el fideicomiso testamentario esta la de evitar conflictos entre los beneficiarios, además de que también ahorra un dilatado y costoso proceso sucesorio.

21.- El fideicomiso testamentario, no da lugar a que se establezcan diferencias entre los beneficiarios herederos o legatarios, toda vez que ambos tienen los mismos derechos y obligaciones, en la proporción que el fideicomitente testador lo haya manifestado.

B I B L I O G R A F I A .

- 1.- Acosta Romero, Miguel; Derecho Bancario. tercera edición. Editorial Porrúa, S.A., México. 1986.
- 2.- Acosta Romero, Miguel; Teoría General del Derecho Administrativo. séptima edición, Editorial Porrúa, S.A., México. 1986.
- 3.- Arce y Cervantes, José; De las Sucesiones, primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.
- 4.- Araujo Valdivia, Luis; derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones, segunda edición. Editorial Cajica. Puebla 1972.
- 5.- Banco Mexicano Somex, S.A., Instituciones de Banca Multinacional; Las Instituciones Fideicomisarias y el Fideicomiso en México. primera edición, Fondo Cultural de Organizaciones, A.C., México. 1982.
- 6.- Batiza, Rodolfo; Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, primera edición, Editorial-Porrúa, S.A., México. 1977.
- 7.- Batiza, Rodolfo; El Fideicomiso. Teoría y Práctica; cuarta edición. Editorial Porrúa. S.A., México. 1980.
- 8.- Barrera Graf, Jorge; Tratado de Derecho Mercantil, volumen I, primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México. - 1958.
- 9.- Borja Soriano, Manuel; Teoría General de las Obligaciones décima edición, Editorial Porrúa, S.A., México. 1985.
- 10.- Bojalil, Julián; Fideicomiso, primera edición, Editorial-Porrúa, S.A., México. 1962.
- 11.- Cicu, Antonio; Derecho de Sucesiones. Parte General, segunda edición. traducida al español por José Manuel González Parras, Librería Bosch. Barcelona. 1964

- 12.- Cosattini, Luigi; La Revoca Decli Actti Fraudilenti Cedam Padova, 1939.
- 13.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; el Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. tercera edición. Editorial Porrúa. S.A.. México. 1982.
- 14.- De viña, Rafael; Diccionario de Derecho. octava edición,- Editorial Porrúa, S.A., México. 1979.
- 15.- F. Uribe. Luis; Sucesiones en el Derecho Mexicano. primera edición. Editorial Jus. S.A.. México. 1962.
- 16.- García Maynez, Eduardo; Introducción al Estudio del Derecho. trigésima edición. Editorial Porrúa. S.A.. México. - 1979.
- 17.- Ibarrola. Antonio; De Cosas y Sucesiones. tercera edición Editorial Porrúa. S.A., México. 1980.
- 18.- Krieger Vázquez, Emilio; Notas Sobre el Fideicomiso. tesis, México. 1944.
- 19.- Krieger, Emilio; Manual del Fideicomiso Mexicano, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., México, D.F., 1976.
- 20.- Landereche Obregón, Juan; Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano. tesis, México. 1942.
- 21.- Lizardi Albarran, Manuel; Ensayo Sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. tesis, México. 1942.
- 22.- Macedo, Pablo; Estudio sobre el Fideicomiso Mexicano. en la Traducción de la Obra de Pierre Leupalle, Tratado Teórico y Práctico de los Trust. primera edición, Editorial-Porrúa, S.A., México. 1975
- 23.- Margadant S., Guillermo F; Derecho Romano, novena edición Editorial Esfinge. S.A., México. 1979.
- 24.- Molina Pasquel, Roberto; Los Derechos del Fideicomisario, Ensayo sobre su Naturaleza Jurídica, Editorial Jus, México, 1946.
- 25.- Muñoz, Luis; El Fideicomiso, segunda edición, Editorial y Distribuidora Cárdenas, México. 1980.

- 26.- Ojesto Martínez Porcavo, Fernando; La Sociedad en el Fideicomiso. tesis, México. 1980.
- 27.- Peñalosa Santillán, David; El Fideicomiso Público Mexicano. primera edición. Editorial Cajica. S.A.. Puebla. 1983.
- 28.- Rabasa, Oscar; El Derecho Angloamericano. Estudio Expositivo y Comprado del Common Law, primera edición. Fondo de Cultura Económica, México. 1944.
- 29.- Rodríguez y Rodríguez, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, décima octava edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.
- 30.- Rojina Villegas, Rafael; Derecho Civil Mexicano. Tomo III Obligaciones, sexta edición, Editorial Porrúa, S.A., México. 1985.
- 31.- Rojina Villegas, Rafael; Derecho Civil Mexicano. Tomo IV, Sucesiones, sexta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.
- 32.- Romero Sánchez, Manuel; La Revocación de los Actos Realizados en Fraude de Acreedores. Editorial Porrúa Hnos. y - Cía., México. 1941.
- 33.- Scott Austin Wakeman; The Law Of Trust Thira Edition. Little Brown And Co., Boston- Toronto, 1967.
- 34.- Vázquez Arminio, Rodrigo; Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano y sus Principales Aplicaciones Prácticas, - Editorial Porrúa, S.A., México. 1964.
- 35.- Villagordoza LÓzano, José Manuel; Doctrina General del Fideicomiso. segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, octagésima tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México- 1987.
- 2.- Código de Comercio para el Distrito Federal, quincuagésima edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988.
- 3.- Código Civil para el Distrito Federal, quincuagésima quin-

- ta edición. Editorial Porrúa. S.A., México, 1986.
- 4.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal trigésima cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México. 1988.
 - 5.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. trigésima segunda edición. Editorial Porrúa, S.A., México. 1987.
 - 6.- Exposición de MOTivos de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985.
 - 7.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985, segunda edición, Editorial Trillas, México. 1987.
 - 8.- Ley Orgánica del Banco de México de 1984, segunda edición Editorial Trillas, México. 1987.
 - 9.- Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, décima edición. Editorial Porrúa. S.A., México. 1987.
 - 10.- Ley del Notariado para el Distrito Federal y Disposiciones Complementarias. octava edición. Editorial Porrúa. S. A., México. 1987.
 - 11.- Ley Federal de las Entidades Paraestatales, editada por la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, en el año de 1986.
 - 12.- Diario Oficial de la Federación de fecha 1º de septiembre de 1982.
 - 13.- Diario Oficial de la Federación de fecha 6 de septiembre, de 1982.
 - 14.- Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de febrero de 1979.
 - 15.- Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de diciembre de 1987.
 - 16.- Semanario Judicial de la Federación. T. LIII. Volúmen III
 - 17.- Semanario Judicial de la Federación T. 103, Vol. 4º.
 - 18.- Semanario Judicial de la Federación. T. 126, Vol. 4º.
 - 19.- Semanario Judicial de la Federación. T. 135, Vol. 4º.
 - 20.- Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia (Amparo Directo 2594/1957), Boletín 1958, Ediciones mayo. 1955-1963.