

96 201



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

**EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO CON
CLAUSULA FIDUCIARIA**

**TESIS QUE PRESENTA
SERGIO FERNANDEZ MARTINEZ
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

PROLOGO	5
INTRODUCCION	6
CAPITULO I: EL TESTAMENTO	7
1.1 QUE ES EL TESTAMENTO	10
1.2 CARACTERISTICAS	11
A) LA INSTITUCION DE HEREDERO	14
1.3 ALGUNAS TEORIAS ACERCA DEL TESTAMENTO	20
1.4 TIPOS DE TESTAMENTO	21
TESTAMENTOS ORDINARIOS	21
EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO	21
EL TESTAMENTO PUBLICO CERRADO	22
EL TESTAMENTO OLOGRAFO	24
TESTAMENTOS ESPECIALES	25
EL TESTAMENTO PRIVADO	26
EL TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO	28
EL TESTAMENTO MARITIMO	29
EL TESTAMENTO MILITAR	30
1.5 EL ALBACEA	31
CAPITULO II: EL TRUST Y EL FIDEICOMISO	40
2.1 DESARROLLO HISTORICO DEL TRUST	41
2.2 LAS TRUST COMPANIES	45
2.3 LOS TRUST PERSONALES	46
2.4 TRUSTS PARA EMPRESAS	48
2.5 NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO	49
TEORIA DEL MANDATO	49
TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD	51
TEORIA DE RODOLFO BATIZA	53
2.6 FIDEICOMISO DE INVERSION	56
2.7 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION	57
2.8 EL FIDEICOMISO DE GARANTIA	58
2.9 DERECHOS Y OBLIGACIONES	60
A) EL FIDEICOMITENTE	60
B) EL FIDUCIARIO	63
C) EL FIDEICOMISARIO	64
2.10 FORMAS DE TERMINACION	66

INDICE

CAPITULO III: EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO CON CLAUSULA FIDUCIARIA	68
3.1 OPERATIVIDAD DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO	69
3.2 LA RELACION FIDUCIARIA	72
3.3 LA CLAUSULA FIDUCIARIA	73
3.4 BIENES MATERIA DEL TESTAMENTO FIDUCIARIO	82
3.5 EL TESTAMENTO FIDUCIARIO SOBRE DERECHOS	83
3.6 EFECTOS DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO CON CLAUSULA FIDUCIARIA	84
3.7 LOS BIENES MUEBLES Y EL FIDEICOMISO DE INVERSION	85
3.8 LOS BIENES INMUEBLES Y EL FIDEICOMISO DE GARANTIA Y ADMINISTRACION	85
3.9 EL ALBACEA Y EL COMITE TECNICO	86
3.10 MOMENTO DE TERMINACION	87
CAPITULO IV: REGIMEN FISCAL APLICABLE SOBRE BIENES INMUEBLES	89
4.1 IMPUESTO SOBRE ADQUISICION DE BIENES INMUEBLES	91
A) SUJETOS DEL IMPUESTO	92
B) MOMENTO DE CAUSACION	93
C) FORMA PARA DETERMINAR EL MONTO DEL IMPUESTO	94
D) DECLARACION DEL PAGO DEL IMPUESTO	95
4.2 DERECHOS	96
A) MONTO DE LOS DERECHOS	97
B) LA FUNCION NOTARIAL	97
4.3 IMPUESTO SOBRE LA RENTA	98
A) OBJETO DEL IMPUESTO	98
B) MOMENTO DE CAUSACION	98
C) PAGO DEL IMPUESTO EN FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACION	98
D) PAGO DEL IMPUESTO EN FIDEICOMISOS TRASLATIVOS DE DOMINIO	99
E) PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR EL MONTO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN OPERACIONES TRASLATIVAS DE DOMINIO	99
CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFIA	107

PROLOGO

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis del testamento público abierto con cláusula fiduciaria como una opción en donde a través de un fideicomiso se logra una seguridad jurídica y material sobre los bienes, desde que se otorga el testamento hasta que se da cumplimiento al fideicomiso, operando la cláusula fiduciaria como el nexo entre dos figuras jurídicas de gran importancia como lo son el testamento y el fideicomiso. Por una parte el testamento como el acto jurídico por medio del cual se conoce la última voluntad del testador, y el fideicomiso que en este caso es el medio por el cual se da cumplimiento a esa última voluntad.

Asimismo este trabajo pretende dar a conocer la operatividad del testamento público abierto y del fideicomiso de inversión cuando hablamos de bienes muebles, y del fideicomiso de administración y garantía en la transmisión de bienes inmuebles.

Por último demostrar como a través del testamento y la cláusula fiduciaria se puede prever la situación jurídica del patrimonio del testador.

INTRODUCCION

El testamento con cláusula fiduciaria o fideicomiso testamentario ha sido estudiado muy poco en nuestro país, a pesar de que en la antigua Roma era una de las figuras jurídicas de mayor importancia, no hay que pasar por alto que en la actualidad la figura se encuentra en una etapa difícil, esto a virtud del desconocimiento general de la facilidad en su utilización.

La carencia de una visión clara sobre sus características y elementos utilizables en su realización, son en definitiva factores determinantes para que no exista una demanda en su empleo y utilización. Es por esto que mi intención dentro de este trabajo es demostrar que el testamento público abierto con cláusula fiduciaria, es una figura que por sus características y flexibilidad puede por sí misma, una vez que se le ha dado vida, realizar determinados fines en el momento en que nosotros no podamos tener un control sobre los bienes, específicamente los bienes inmuebles.

En suma pretendo dar una visión más clara y precisa de lo que constituye el fideicomiso testamentario, esto se pretende lograr a través de una sencilla y clara explicación, sin entrar en cuestiones de gran complejidad. Pero si estableciendo los parámetros sobre los cuales se debe de llevar a cabo, encuadrándolo dentro del marco jurídico que le corresponde.

Basándonos en la doctrina principalmente y en la ambigüedad de la ley, he elaborado este trabajo en cuatro capítulos.

El primero de ellos, nos da el punto de partida para el estudio del tema, nos habla del testamento, aquí se pretende dar una visión amplia de lo que es esta figura, misma que tiene una gran importancia y significación en nuestro derecho.

El capítulo segundo se refiere al fideicomiso, la otra gran figura que junto con el testamento forman la amalgama que da forma al presente trabajo, aunque el fideicomiso es una de las figuras más estudiadas que existe dentro de nuestro ámbito jurídico, aún existen diversas opiniones sobre el mismo, lo cual hace más difícil su comprensión, pero a la vez más fascinante su estudio.

La tercera parte del trabajo la comprende lo que es en sí el testamento público abierto con cláusula fiduciaria, que una vez que han quedado comprendidos los conceptos en los dos capítulos anteriores, el estudio de este es muy sencillo y fácil de entender.

Por último el cuarto capítulo habla sobre el régimen fiscal aplicable sobre los bienes inmuebles, aquí se pretende explicar que el paraíso fiscal al cual estamos acostumbrados puede traer consecuencias graves.

Finalmente las conclusiones a las que llego, pretenden dar unidad a los cuatro capítulos expuestos y establecer los puntos más relevantes a que haya llegado con la investigación presentada en este trabajo.

Una vez que ha quedado vislumbrada la forma de trabajo, así como las razones que me motivaron a la elaboración del mismo, iniciaré el presente estudio en el orden anteriormente citado.

CAPITULO I
EL TESTAMENTO

**“ES EL SEGUNDO CONSUELO MAS DULCE DEL HOMBRE
QUE MUERE, EL PRIMERO ES LA RELIGION.”**
TROPLONG

CAPITULO I

El testamento es un acto jurídico de gran importancia, ya que con el otorgamiento del mismo se puede prever la situación jurídica de los bienes después de la muerte del testador.

En la elaboración del testamento opera el principio de autonomía en su más grande expresión, la libertad para testar es tan amplia como la imaginación del hombre, sólo se ve limitada por la función negativa del orden jurídico, es decir la facultad de poder hacer testamento no concede el derecho de insertar en él, disposiciones que contravengan a las de orden público o las buenas costumbres, así mismo, existen ciertas formas y lineamientos que seguir para su elaboración; ya que la eficiencia del mismo se va a producir, siempre y cuando se sigan estas formas predeterminadas en nuestro derecho positivo.

El testamento es un acto jurídico, aunque hay quienes lo llaman Negocio Jurídico, entre ellos Villoro Toranzo,¹ quien hace una distinción sobre negocio jurídico y acto jurídico basada en la intención de crear consecuencias de derecho. Siguiendo este orden de ideas tenemos que es un acto jurídico previsor de una determinada situación que crea consecuencias de derecho.

Este acto jurídico va íntimamente ligado con la idea de lo justo, es decir, el testador dejará en la mayoría de los casos los bienes a quien él considere justo, lo anterior lo hará en base a determinados comportamientos, actitudes, simpatías y parentesco.

El testamento es un acto Jurídico Mortis Causa, ya que es necesario que fallezca el testador para que el acto jurídico surta sus efectos.

También es importante destacar que el testamento es un acto de disposición, basado en dos aspectos principales a mi modo de ver, primero la libertad de disponer de los bienes por parte de quien es el titular, ligado esto al derecho de propiedad de las cosas, y como segundo aspecto, la idea de preservación de los bienes, cuyo origen es la propia naturaleza humana.

Ulplano definió al Testamento como "Una afirmación justa de nuestra mente, hecho en forma solemne para que valga después de la muerte".²

Aquí podemos apreciar como se manejan conceptos como el de justicia y la intención de crear consecuencias de derecho, y otro elemento que posteriormente analizaremos cómo es la solemnidad.

(1) Villoro Toranzo, Miguel. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 1966. Primera Edición. Pag. 365.

(2) Petit, Eugene. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. Editora Nacional S.A., México. D.F., 1966. Traducción de la novena edición por José Fernández González. Pag. 514.

El código Napoleónico lo definió como "Un acto revocable, por medio del cual el testador dispone, para el tiempo en que ya no exista, de todos sus bienes o de parte de ellos".³

El aspecto patrimonial que maneja esta definición y la idea de conservación, diferencian a la definición establecida en el Código Napoleónico y la manejada por Ulpiano.

Con la evolución del Derecho y de la Sociedad, los cuales van aparejados, vemos que estas definiciones han surtido grandes modificaciones y hoy día no son tan escasas y raquíticas, lo que no ha cambiado son los aspectos mencionados al principio. Actualmente nuestro Código Civil en su artículo 1295 lo define como "El acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

Vemos como esta definición es más completa ya que no sólo abarca el aspecto patrimonial, sino también habla de derechos y obligaciones contraídas por el testador, aún cuando esta definición es más compleja que la del Código Civil de 1884 y las anteriores, existen ciertos tratadistas que la declaran incompleta. Algunos consideran que le hace falta el elemento de autonomía, es decir, la facultad de crear normas con un contenido propio, regulado por el orden Jurídico, Arce y Cervantes establece: "La médula del Negocio Jurídico es el poder de la persona para dictar reglas (testamento), y para dárselas asimismo (contrato), es decir, la autonomía".⁴

Arce y Cervantes califica al testamento como un acto unilateral, la unilateralidad del acto no tiene lugar a discusión pero considero que es materia de otro capítulo que veremos más adelante.

El testamento como bien lo señala Cervantes⁵, es el más importante entre los actos jurídicos de Derecho Privado, ya que aparte de los aspectos patrimoniales en donde se dispone de todo el patrimonio que durante años se ha logrado, también toma en cuenta aspectos extrapatrimoniales, ligado íntimamente con aspectos jurídicos, morales religiosos y sentimentales.

El testador se encuentra ante la incertidumbre del día de su muerte, de su situación patrimonial al fallecer y de la situación que tendrán sus sucesores al momento de fallecer. Elementos que el testador debe tener en mente al momento de elaborar su disposición testamentaria, ya que, desafortuna-

(3) **Ibarola, Antonio de.** COSAS Y SUCESIONES. Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 1972. Tercera Edición. Pag. 550.

(4) **Arce y Cervantes, José.** Cita a F. de Castro Bravo. DE LAS SUCESIONES. Editorial Porrúa S.A., México, D.F. 1988. Segunda Edición. Pag. 49.

(5) **IDEM** Pag. 52.

damente si tuviera algún error, ya no va a tener tiempo para remediarlo, es por eso que en un principio se puso de manifiesto que se trata de un acto previsor, que como bien se ha señalado es un acto jurídico que atañe a la conciencia; para concluir podemos establecer lo que ha dicho Troplong: "El testamento es el triunfo de la libertad en el Derecho Civil".⁶

1.1. QUE ES EL TESTAMENTO

José Arce y Cervantes al hablar del testamento nos habla del fenómeno jurídico por medio del cual una persona pueda disponer de sus bienes y para hacer otras disposiciones que van a surtir sus efectos cuando ya no existe.

Diferentes opiniones de autores consideran que el testamento se basa en dos aspectos, primero la facultad de disponer de los bienes, idea fundamentada en el derecho de propiedad "Ius Fruendi" y, segundo en la institución de familia que establece la obligación de los padres de cuidar la existencia y formación de los hijos, así como proveerlos de los medios necesarios para lograr lo anterior.

Aquí cabe hacer la aclaración que más que el derecho que tienen los hijos de recibir cuidado y manutención por parte de los progenitores, el testamento se basa en la facultad de disponer de sus propios bienes, ya que no en un caso hemos visto y sabido que herencias completas son dirigidas a un heredero o legatario distinto a los hijos, operando aquí la libre testamentificación⁷, con las reservas que marca la Ley sobre la obligación de dejar alimentos a las personas que marca el Código Civil en su artículo 1368.

Muy de acuerdo con lo que establece José Arce y Cervantes⁸, podemos decir que el fundamento sustancial del testamento radica en la necesidad de garantizar al individuo el completo dominio de los propios bienes, no solo durante la vida, sino después de la muerte, aquí se hace una aclaración que creo es la más correcta, ya que no es el derecho que tengan los hijos, sino más bien, el medio para satisfacer sentimientos de afecto, esta libertad para testar como bien lo establece este autor, está

(6) Arce y Cervantes, José. Cita a Troplong. Op. Cit. Pag. 36.

(7) "El sistema de la libertad de testar, tiene la ventaja de robustecer el principio de familia, haciendo más autoritario el poder paterno, pues los hijos todo lo esperan del padre y se esfuerzan por conquistar su cariño... El sistema de la libertad de testar es racional deducción del principio de libertad, en cuanto que, admitido el derecho de sucesión y concedida la facultad de testar, el testador debe ser un arbitro fiel de los destinos de la familia y sus bienes, y por lo mismo no hay porque limitar la capacidad de obrar al testador." Uribe F., Luis. SUCESIONES EN EL DERECHO MEXICANO. Editorial JUS S.A., México, D.F. 1962. Primera Edición. Pag. 151.

(8) Arce y Cervantes, José. Op. Cit Pag. 36.

CAPITULO I

regulada por normas que limitan su actuación.⁹

Se maneja la idea de que la voluntad del testador se vuelve eficaz al momento de que él ya no existe, argumentando que la muerte del testador es el término inicial de aquella voluntad.

MI parecer difiere totalmente de esta posición ya que considero que esta voluntad existe, y que el acto jurídico se encuentra sujeto a una condición suspensiva que es la propia muerte del testador y que al ocurrir esto, surte efectos el testamento y con ello se tiene que dar cumplimiento a la voluntad, por lo tanto deducimos que lo que empieza a tener eficacia son las disposiciones testamentarias, y con esto se da cumplimiento a la voluntad del testador, ya que la voluntad, desde el momento del otorgamiento del testamento ha existido.

1.2. CARACTERISTICAS

Primeramente y una vez que he tratado de explicar lo que es el testamento, debemos estudiar las características del mismo, para poder comprender mejor el porque de tantos requisitos para su otorgamiento y por que el Testamento Público Abierto es el testamento que más conviene elaborar, más adelante estudiaremos los tipos de testamentos que existen, pero aquí veremos las características generales que rigen y deben cumplirse en todo testamento, sea cual fuere el tipo de testamento que se otorgue:

LA LIBERTAD, es un elemento que como en todos los contratos debe existir, es decir, no debe existir algún vicio de la voluntad que impida que el acto se esté realizando en forma libre, y en pleno uso de sus facultades mentales.

Es un acto jurídico **UNILATERAL**, en virtud de que es la voluntad del testador la que se plasma en el testamento, no existe un acuerdo de voluntades con nadie, el testador realizará sus disposiciones testamentarias según lo que crea justo y con el fin de transmitir sus bienes, derechos y

(9) "La libertad para testar está regulada por normas que la encausan dentro del orden que debe existir en materia testamentaria, estas normas que en seguida se mencionan pueden clasificarse de acuerdo con los siguientes aspectos:

- 1.- Las que velan por la libertad de los sucesores.
- 2.- Las que se refieren a la forma testamentaria en relación con determinadas situaciones.
- 3.- Las que protegen a ciertas personas para que reciban alimentos.
- 4.- Las que prohíben ser herederos a determinadas personas por su relación especial con el testador o por motivos políticos.

Arce y Cervantes, José. Op. Cit. Pag.37.

CAPITULO I

obligaciones a determinada persona o personas, dado que no se requiere de su autorización para llevarlo a cabo; el acto es existente desde el momento en que se realiza el testamento y se cumplen las formalidades que exige la Ley, según sea el caso, el Art. 1378 reconoce esta situación al expresar "El testamento otorgado legalmente será válido, aún que no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar".

Es un acto **REVOCABLE**, esta particularidad viene a corroborar el aspecto unilateral del testamento, en cualquier momento se puede revocar en virtud de una serie de circunstancias que el testador no puede prever, ya que se halla el testador ante la incógnita de la situación que tendrán sus bienes al momento de su muerte, y la situación de las personas quienes han de heredar, situaciones que aunque se puedan prever no se pueden asegurar de que surjan de esa forma.

La revocación se entenderá por hecha si se otorga un testamento posterior, el Archivo General de Notarías, El Registro Público de la propiedad y del Comercio, y el Tribunal Superior de Justicia de cada Estado, llevarán un control de los testamentos otorgados, y a solicitud de parte deberán informar cual fue el último testamento otorgado por el testador, el cual será el que surta sus efectos.

Es un acto **MORTIS CAUSA**, es decir, la muerte del testador servirá de punto de partida en el tiempo para que las disposiciones testamentarias empiecen a surtir sus efectos, José Arce y Cervantes, lo llama acto de última voluntad¹⁰, en virtud de que "Se presume que la voluntad expresada por el testador es lo que él hubiera querido en el último momento de su vida".

Esta voluntad tiene vigencia hasta que otro testamento sea otorgado, o bien hasta que se cumplan las disposiciones testamentarias.

Una de las características que considero de mayor importancia es la **SOLEMNIDAD**, ya que solo el testamento y el matrimonio son los actos que nuestro derecho positivo considera solemnes.

La solemnidad del acto radica en que la forma en que se otorgue será elemento de existencia y no requisito de validez, esto es, ninguna formalidad puede pasarse por alto, porque de lo contrario estaría viciado el acto y podría declararse inexistente.

Es un acto **PERSONALISIMO**, ya que en el testamento y siguiendo con lo que he dicho, se plasma la voluntad del testador, además el Código Civil en su artículo 1296 señala "No pueden testar en el mismo acto dos o más personas ya sea en provecho recíproco, ya en favor de un tercero".

[10] Arce y Cervantes, José. Op. Cit. Pag. 55.

CAPITULO I

Otra particularidad es la que rige a todos los contratos, es decir, la **CAPACIDAD**, no puede ser realizado por incapaces, al efecto la Ley señala quienes son incapaces para realizar testamento:

- a) Los menores de dieciséis años.
- b) Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio.

Otra característica de la que nos habla José Arce y Cervantes¹¹, es la de que se trata de un acto jurídico **NO RECEPTIVO**, esto es que no se dirige a persona alguna, es decir es secreto y por tal virtud puede revocarse en cualquier momento y cambiar las disposiciones, cosa que no se podría llevar a cabo tan fácilmente con los contratos que si son negocios receptivos, característica que podemos comparar con la unilateralidad del acto. No afecta a nadie hasta el momento de la muerte del testador, que es el momento en que se dirige a quienes han sido nombrados herederos o legatarios.

Estas características que tienen los testamentos nos dan una idea de lo complejo del acto, pero que en realidad no es difícil otorgar, existen ciertas situaciones y aspectos de derecho que creo hay que tener en cuenta, en virtud de que no existe una relación jurídica, no hay sujeto activo, por lo cual no hay vínculo del testador con nadie y puede seguir disponiendo de sus bienes libremente.

La voluntad del testador plasmada en el testamento no surte efectos sino hasta después de la muerte del testador, por lo cual el designado heredero no puede reclamar derecho alguno sobre los bienes que el testador hubiere dispuesto a su favor, ni siquiera se puede hablar de expectativas de derecho como bien lo señala el maestro Luis F. Uribe "La sola manufactura del testamento no crea ningún derecho, ni siquiera expectativa a favor de las personas designadas como herederos o legatarios, sino que los efectos de derecho se producen hasta el momento de la muerte del autor de la sucesión"¹².

La autonomía de la voluntad, trae como consecuencia que el testador no necesite autorización de nadie para realizar su testamento, pero esto no quiere decir que tenga facultad de obligar a terceras personas. Si así lo quisiera hacer, también tendrá que beneficiarlos y sujetarlos a determinada condición.

El valor del testamento jurídicamente hablando se lo da su contenido, siempre y cuando se haya otorgado de acuerdo a los requisitos que exige la Ley.

(11) Arce y Cervantes, José. Op. Cit. Pag. 57.

(12) Uribe F., Luis. Op. Cit. Pag. 167.

A) LA INSTITUCION DE HEREDERO

Para hablar de la Institución de heredero como un aspecto de suma importancia dentro del testamento, tenemos que dejar en claro, la diferencia que existe entre el heredero y el legatario, ya que el primero es la persona o personas que a título universal van a suceder al De Cujus, y el legatario única y exclusivamente sucede al testador a título particular, es aquí donde radica la importancia de la institución de heredero, ya que desde Roma se tiene la concepción de que el heredero va a "sustituir" al testador, "este era el continuador de la personalidad del difunto con sus ideales, odios, simpatías, y de su religión doméstica".¹³ Y también con los derechos y obligaciones pero podemos observar que era más importante la continuación de la personalidad que el aspecto patrimonial, diferencia con el carácter de heredero que adquiere en épocas recientes en donde la institución de heredero básicamente se refiere a la continuación de la personalidad a efecto de que se de cumplimiento con las obligaciones contraídas por el testador y a disfrutar de sus activos y derechos, mientras no fueren personalísimos. Podemos observar como ahora el testamento se ha transformado y tiene un carácter eminentemente patrimonial.

Un ejemplo a lo explicado en líneas anteriores es lo que establece el maestro Luis F. Uribe:¹⁴ "en nuestro concepto, al morir el autor de la sucesión, el heredero adquiere un derecho que es "sui generis", que consiste precisamente en eso, un derecho a la masa con todas sus características... y por tanto lo único que sucede es que su patrimonio se aumenta con este derecho". De lo anterior podemos ver como en la actualidad se le da un carácter eminentemente económico a la sucesión.

Siguiendo con el tema de la designación de herederos debemos establecer, que no se debe dejar duda alguna sobre quién es la persona que ha de suceder al testador es así como el Código Civil establece en su art. 1386 "El heredero debe ser instituido designándolo por su nombre y apellido, y si hubiere varios que tuvieren el mismo nombre y apellido, deben agregarse otros nombres y circunstancias que distingan al que se quiere nombrar."

La designación de heredero debe ser hecha por el testador, y que si dejase que fuere un tercero el que la hiciera no se estaría cumpliendo con la libertad de voluntad del testador, ya que se estaría a la voluntad del tercero rompiendo de esta manera con una de las características principales del testamento. Se puede dejar a la voluntad de un tercero la designación de heredero, cuando el testador designe sucesor de su herencia a un número indeterminado de personas pertenecientes a un

[13] Floris Margadani, Guillermo, EL DERECHO PRIVADO ROMANO. Editorial Estinge S.A. México, D.F. 1983. Décima Edición. Pag. 463.

[14] Uribe F. Luis. Op. Cit. Pag. 82.

CAPITULO I

grupo específico o clase, aquí un tercero podrá, si es que no lo hizo el testador designar la persona que gozará de los beneficios de la herencia.

He tratado de destacar dentro de este trabajo el aspecto de la institución de heredero, en virtud de que es de gran importancia tenerlo en cuenta hoy en día, ya que como lo he mencionado en líneas anteriores, el carácter que ha adquirido en la actualidad es únicamente económico, al contraste del carácter que tenía en Roma que era una continuación de la personalidad. Para mí es de gran importancia este aspecto, podemos decir que no existe conciencia de la responsabilidad que trae consigo el ser designado heredero, ya que únicamente comparece el heredero con el fin de obtener un beneficio económico, aquí haciendo un paréntesis podemos establecer el condicionamiento a la designación de heredero mediante un fideicomiso dándole una nueva fisonomía a la institución.

Dentro de la designación de heredero existen ciertas modalidades en su institución. Al igual que las modalidades de las obligaciones tenemos a la condición, el término o plazo, el modo o carga y la expresión de causa.

Para hablar de la condición tenemos necesariamente que vincularlo con una situación de dependencia o "pendencia" en donde la realización de un acto va a depender de determinado acontecimiento, esto cuando hablamos de condiciones suspensivas. O bien la terminación o el fin de una situación prevista por el acontecimiento de un hecho o acto de realización incierta cuando hablamos de condiciones resolutorias. En materia de obligaciones será condición suspensiva cuando de ella depende el nacimiento de una obligación y será resolutoria cuando de ella dependa la terminación de una obligación.

Podemos definir que la institución de heredero puede estar sujeta tanto a condiciones suspensivas como resolutorias, y al cumplirse esta condición tendrá eficacia la institución de heredero y por consiguiente el heredero podrá ser acreedor de una serie de derechos y obligaciones, digo podrá ser ya que puede repudiar la herencia.

Ahora bien no todas las obligaciones que se establezcan en un testamento son válidas, el Código Civil diferencia en dos partes las condiciones que no puedan establecerse en un testamento, primero un grupo que anula la institución de heredero, por la cual deducimos que son condiciones imposibles de que se lleven a cabo y estas son dos:

- a) Las condiciones físicas o legalmente imposibles Art. 1347 C.C., como ejemplo podríamos suponer que para ser heredero de determinada persona, tuviera que ser propietario del monumento a la Revolución.
- b) Las condiciones de que el heredero haga en su testamento disposición a favor del testador o de otra persona. Como lo mencionamos

CAPITULO I

anteriormente estas disposiciones anulan la institución de heredero y si se establecen en el testamento y no se designó heredero en segundo lugar, se tendrá que abrir la sucesión intestamentaria, es difícil saber de un testamento que contenga disposiciones de este tipo pero no imposible.

Aquí cabe hacer mención de la importancia que adquiere el testamento Público abierto, ya que como se elabora bajo la supervisión de un perito en derecho como lo es el Notario Público, es más difícil que tenga este tipo de fallas el testamento otorgado ante él, y por lo tanto la institución de heredero quedará garantizada.

En relación con el otro grupo de condiciones de los que habla nuestro Código Civil, se refiere a 4 y no son tan graves como las anteriores por lo cual la institución de heredero subsistirá, aún si se establece alguna de las condiciones, y únicamente se tendrán por no puestas teniendo eficacia las demás disposiciones relativas.

El artículo 1355 nos dice que se tendrán por no puestas, las condiciones de no dar o de no hacer. La condición de no impugnar el testamento o disposición alguna so pena de perder el carácter de heredero o legatario. El artículo 1358 establece que se tendrá por no puesta la condición impuesta al heredero de tomar o dejar de tomar estado. Considero que el legislador al establecer que esta condición se debe tener por no puesta, tomó en cuenta que limita aspectos que van más allá de la facultad de disposición que se tiene sobre los bienes, y podríamos hablar de una coacción de la libertad del ser humano.

Asimismo el artículo 147 del Código Civil referente a los requisitos para contraer matrimonio establece, que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.

Como excepción a la condición anterior tenemos la posibilidad de legar una pensión alimenticia o usufructo que equivale a esa pensión a una persona mientras se encuentre soltero o viudo.

Por último tenemos la condición que establece el artículo 1380, donde se establece que se tendrá por no puesta la designación del día en que deba comenzar o terminar la institución de heredero, ya que estaríamos hablando de términos para ocupar el cargo.

Nuestro Código Civil establece que para que el heredero pueda suceder, bastará que sea capaz al momento de la muerte del testador, artículo 1334, esta es una condición para ser heredero y en los artículos que le siguen establece que si la institución de heredero estuviere sujeta a condición, deberá ser capaz al momento en que se cumpla la condición,

CAPITULO I

si falleciere el heredero designado en el testamento antes que el testador, no transmitirá sus derechos a sus sucesores, ya que si muere antes no cumple con el requisito de capacidad, situación lógica, por la cual no adquiere derechos y por lo tanto tampoco podrá transmitirlos.

Por último y para terminar con el tema de las condiciones hablaremos de los efectos de las mismas, y sobre el particular como lo señala el maestro *Rojina Villegas*,¹⁵ la doctrina distingue tres momentos:

Primero: Antes de que la condición se cumpla;

Segundo: Una vez cumplida la condición, y

Tercero: Cuando exista certeza de que la condición no podrá realizarse.

A continuación analizaremos los efectos de los tres casos antes señalados:

Primero: Antes de que se cumpla la condición suspensiva el derecho del heredero o legatario no puede nacer. Su existencia depende justamente de un acontecimiento futuro de realización incierta. Si la condición es resolutoria, entonces nace desde luego el derecho del heredero o del legatario como si fuera puro y simple; pero su existencia jurídica dependerá de que no se realice la condición. Por consiguiente, en este caso el heredero o legatario deben recibir lo que les corresponda con los frutos respectivos desde el día y hora de la muerte del autor de la sucesión, con la posibilidad de restituirlos si la condición resolutoria se cumple.

Segundo: Una vez cumplida la condición suspensiva se retrotraen sus efectos y el derecho del heredero o legatario se tienen por existentes desde el día y hora de la muerte del *de cuius*. Se requiere, además, que el heredero o legatario vivan cuando se cumpla la condición, pues si hubieren fallecido antes caducarán sus derechos, no obstante que después se realice el acontecimiento futuro y que por su alcance retroactivo debiera considerarse como existente el derecho antes de la muerte...

Tratándose de las condiciones resolutorias, una vez cumplidas, se destruye o resuelve el derecho del heredero o del legatario, también con alcance retroactivo a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario. Por lo tanto, deberán restituir lo que hubieren recibido con sus frutos.

Al extinguirse totalmente el derecho del heredero o del legatario por el cumplimiento de la condición resolutoria, debe abrirse la sucesión legítima para aquellos bienes que vuelven a la masa hereditaria debido al efecto restitutorio de esa modalidad.

(15) *Rojina Villegas, Rafael*. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, BIENES, DERECHOS REALES Y SUCESIONES. Editorial Porrúa S.A. México, D.F., 1989. Vigésima Primera Edición. Pags. 298 y 299.

Tercero: En aquellos casos en que exista certeza de que la condición suspensiva no podrá cumplirse, por haber transcurrido el plazo que se señaló para su realización o bien, porque dada su naturaleza no podrá tener verificación fuera de cierta época, entonces el derecho del heredero o legatario no llega a nacer y deberá abrirse la sucesión legítima por la parte que se les hubiere asignado. En este sentido el artículo 1599 dispone que: La herencia legítima se abre: III.- Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero". El caso de certeza absoluta en cuanto a que ya no podrá cumplirse la condición es igual al de no cumplimiento definitivo y por lo tanto, debe tener la misma solución jurídica.

Respecto a las condiciones resolutorias, dado que el derecho del heredero o del legatario produce desde luego sus efectos, como si la institución fuere pura y simple, una vez que se tiene certeza de que la condición ya no podrá cumplirse, motivará que se consolide definitivamente."

EL PLAZO O TERMINO: Para la Institución de heredero no se puede sujetar a un plazo o término según lo establece el citado artículo 1380 del Código Civil, pero para efectos de legados si se permite, pero como lo establece nuestro Código en el artículo 1702, tendrá el ejecutor que otorgar fianza a satisfacción del legatario, garantizando la entrega en su debido tiempo.

Rojina Villegas,¹⁶ nos habla de términos suspensivos o extintivos, "tratándose del término suspensivo, como existe la certeza de que a partir de cierto día adquirirá el heredero, correspondiéndole solo los frutos de los bienes que reciba desde la fecha de realización del término, deberá también abrirse la sucesión legítima para que entretanto el usufructo corresponda a los herederos por disposición de la Ley".

"Respecto al término extintivo, si se le compara con la condición resolutoria, se advertirá también que si la Ley permite en el segundo caso la extinción del derecho por realizarse el acontecimiento futuro e incierto, llamando entonces a los herederos legítimos, también deberá aceptarse igual solución para el caso de que el derecho del heredero dependa de un término extintivo. La única diferencia consiste en que el heredero tendrá el carácter de usufructuario, eliminándose así la incertidumbre en cuanto a su calidad, pues necesariamente llegará el día en que los herederos legítimos reciban su parte."

EL MODO O CARGA, esta modalidad en la institución de heredero no suspende la disposición testamentaria, ni tampoco depende de esta la eficacia del testamento, como su nombre indica es una carga que puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer que el heredero tiene que cumplir en virtud de ser beneficiario del testamento y por que así lo dispuso el testador.

[16] Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pag. 300.

CAPITULO I

En caso de que no se diera cumplimiento a esta carga lo único que sucede es que la institución de heredero puede ser susceptible de revocación.

Siguiendo este orden de ideas podemos decir, que a diferencia de la condición, en la carga la institución de heredero existe sin necesidad de que acontezca algo o se realice un supuesto como sucede en la condición, aquí el heredero tendrá que cumplir con la carga que le ha impuesto el testador en favor de un tercero.

La persona beneficiada con la carga puede exigir del obligado el cumplimiento de la misma.

Nuestro Código Civil en su artículo 1361 considera expresamente a la carga como una condición resolutoria por la cual, una vez que se ha cumplido con la obligación impuesta empezará a surtir efectos la institución de heredero y legatario.

Si existiere renuncia del heredero o legatario a la sucesión, la carga se pagará con la parte proporcional que les correspondiere, obviamente si se cubren deudas y resultare menor el beneficio al legatario, la carga de igual forma será disminuida.

Existen otras modalidades acerca de la institución de heredero como lo son las sustituciones y el derecho de acrecer, las cuales explicaremos a continuación.

LA SUSTITUCION, es la designación de una o varias personas, para que a falta de los designados en primer lugar ocupen el cargo a ellos conferidos, esta es la sustitución que acepta nuestro derecho, ya que existe la sustitución fideicomisaria, que se da en el momento en que a falta del instituido en primer lugar, ocupa el cargo otra persona previamente designada por el testador.

Se les ha llamado sustitución directa o subsidiaria, e indirecta o sucesiva, la primera como ya lo vimos y según lo que establece José Arce y Cervantes,¹⁷ se da cuando el sustituto recibe el beneficio por defecto del primer llamado (instituido) que no quiere o no puede recibir la herencia. Aquí sólo una de las dos personas ocupa el cargo.

La sustitución indirecta, sucesiva, oblicua o fideicomisaria como se le ha llamado, se da cuando el sustituto recibe la herencia después del primer favorecido que la disfrutó cierto tiempo o que es interpósita persona.

En este tipo de sustitución las dos personas heredan en forma sucesiva, de ahí su nombre, esta sustitución es la que está prohibida por nuestro derecho.

(17) Arce y Cervantes, José. Op. Cit. Pag. 82.

"Quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias y cualquier otra diversa de la contenida en el artículo anterior, sea cual fuere la forma que se le revista" Art. 1473 C.C., el artículo 1472 C.C. acepta la sustitución directa.

No trataremos aquí de elaborar un amplio análisis sobre las sustituciones, pero expondremos las reglas generales de su operación.

Queda claro que a falta del instituido en primer lugar, ocupará el cargo el sustituto, el cual lo hará en los mismos términos y proporción en que hubiera sido el instituido en primer lugar, a no ser que exista disposición expresa que sea en sentido opuesto o bien que los gravámenes o condiciones sean estrictamente personales.

Si existe sustitución que contravenga al artículo 1472 únicamente se tendrá por no puesta y no perjudicará al legado o herencia, mucho menos la eficacia y validez del testamento.

Existe una excepción marcada en el artículo 1480 donde el padre pueda dejar una parte o la totalidad de sus bienes al hijo, con la carga de transferirlos a hijos que tuviera hasta la muerte del testador, ya que en este caso el heredero se considera usufructuario, se incluye a los hijos concebidos aplicando a contrario sensu lo preceptuado en el artículo 1414, existe la limitante de que únicamente operará la sustitución hasta los hijos de los herederos, si se hiciera a descendientes ulteriores se considerará nula la disposición.

El **DERECHO DE ACRECER** consiste básicamente en la facultad de que a falta de algún heredero o herederos, siempre y cuando así lo haya establecido el testador, los herederos o legatarios que sobrevivan podrán incrementar su haber en la masa hereditaria con la parte que le correspondería al heredero o legatario premuerto. Cabe hacer la aclaración de que solamente operará este derecho si así lo ha establecido el testador, el derecho de acrecer no opera en la sucesión legítima cuando el heredero o legatario premuerto estuvo casado o dejó descendencia.

1.3. ALGUNAS TEORIAS ACERCA DEL TESTAMENTO

Estas teorías las explica el maestro Uribe,¹⁸ y sobre cada una de ellas nos dice lo siguiente:

TEORIA OBJETIVA. Establece que el heredero representa por mandato la personalidad económica del de cujus. Esta teoría ha sido muy criticada, ya que no hay fundamento para considerar que el autor de la sucesión, que ya ha muerto, sobreviva para los efectos derivados de dicho mandato.

(18) Uribe F., Luis. Op. Cit. Pags. 117 y ss.

TEORIA SUBJETIVA. Esta teoría relaciona la idea de sucesión con la personalidad del autor de la sucesión y establece que el heredero debe ser el continuador de la voluntad subjetiva del de Cujus, relacionan la idea de la sucesión con la personalidad del difunto, sosteniendo por otra parte que el heredero tiene su razón de ser, en la necesidad de continuar con la personalidad del difunto.

TEORIA MATERIALISTA. Sostiene que la herencia es únicamente una transmisión material de los bienes y obligaciones del autor, asimismo niega que entre los romanos las relaciones fuesen consideradas como una universitas.

1.4. TIPOS DE TESTAMENTO

Como se ha establecido anteriormente nos ocuparemos básicamente del testamento Público Abierto debido a las ventajas que hay en utilizarlo, pero haremos un análisis de todos los tipos de testamento que regula nuestra Ley para poder distinguir uno de los elementos indispensables para la existencia de este acto jurídico, estamos hablando de la solemnidad, veamos como operan y en que causas se pueden otorgar los diferentes tipos de testamento que existen.

Partiendo de lo general a lo particular primero tendríamos que dividir los tipos de testamentos en dos grupos, ya que se encuentran clasificados como ordinarios o especiales, dentro del primer grupo tenemos al testamento público abierto, el público cerrado, y el ológrafo, y pertenecen al grupo de los especiales el testamento privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

A los testamentos ordinarios se les llama así debido a que se otorgan en situaciones comunes, y a los especiales porque las circunstancias que prevalecen en ese momento no permitirían que se otorgara en forma ordinaria, otro aspecto que los hace diferentes a uno y a otro es el hecho de que en los testamentos ordinarios se requiere de un mayor número de solemnidades, y encontramos como una característica básica que la duración del mismo será indefinida, mientras que en los testamentos especiales su duración será de treinta días.

TESTAMENTOS ORDINARIOS

EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

Al testamento público abierto se le denomina de esta manera debido a dos simples razones, es público debido a que se plasma en un instrumento público como lo es el protocolo notarial y abierto, porque esta autorizado por el Notario quien es el que redacta la voluntad del testador en el

protocolo y lo lee en voz alta ante él testador y los testigos, quienes lo firmarán en presencia del Notario.

Así el artículo 1511 establece: "Testamento Público abierto es el que se otorga ante Notario y tres testigos Idóneos" el artículo 1512 establece la forma en que este deberá elaborarse, es decir, en forma verbal el testador expresará las disposiciones que quiera se establezcan en el protocolo del Notario quien le dará forma a las exigencias del autor y redactará, para que después en un solo acto que deberá ser continuo de principio a fin, es decir, sin interrupciones los leerá al testador y a los tres testigos, quienes lo firmarán si es que están de acuerdo, el Notario deberá cerciorarse de la capacidad de los comparecientes, sobre este particular, cabe hacer mención que el Notario certificará en el protocolo que él se cercioró de la capacidad de los comparecientes.

Una vez leído el testamento, el Notario señala el lugar, día, mes, año y hora en que se llevó a cabo el testamento, firmando el testador y testigos autorizándolo definitivamente en ese momento.

Este tipo de testamento es el que se considera mejor elaborado, ya que se realiza bajo la asesoría y vigilancia de un perito en la materia como lo es el Notario.

Con esto lo único que se pretende establecer, es que este testamento difícilmente podrá adolecer de fallas o contener cláusulas que contravengan disposiciones de orden público y por lo tanto ser declarado inexistente o ineficaz.

EL TESTAMENTO PUBLICO CERRADO

El testamento público cerrado tiene ciertas desventajas respecto a los otros tipos, como lo es el hecho de que no puede ser realizado por personas que no sepan leer, al efecto el artículo 1530 establece "Los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado".

Como bien lo establece Luis F. Uribe¹⁹ " el testamento público cerrado se caracteriza porque las solemnidades especiales de que están revestidas todos los testamentos en este caso concreto, se tienen que realizar en dos ocasiones: primero al otorgarse y posteriormente cuando se abre el mismo."

La forma general o más común que hay para hacer este testamento es que el testador en papel común; escribirá de su puño y letra el testamento, firmando en cada una de las hojas al margen y al final, el papel en el que conste el testamento o el que le sirva de cubierta deberá

(19) Uribe F., Luis. Op. Cit. Pág. 180.

estar sellado y lo exhibirá al Notario en presencia de tres testigos, sólomente se exhibe, no es necesario que lo entregue, ya que el Notario únicamente dará fe de un acto, al exhibir el documento lo hará el testador y declarará que en el documento que está exhibiendo se encuentra contenida su última voluntad, el Notario dará fe del otorgamiento, expresando que se han cubierto las formalidades que la Ley establece, constancia que se asentará en la cubierta del documento y que firmarán en la cubierta del documento testador, testigos y Notario, quien además imprimirá su sello, una vez sellado y autorizado se regresa al testador, asentando el Notario en su protocolo y en el acta que al efecto se levante, el día, hora, lugar, mes y año en que se llevó a cabo la entrega y autorización del testamento.

Estos son los requisitos y formalidades que se requieren para el otorgamiento y autorización del testamento, posteriormente el testador lo podrá conservar en su poder, entregarlo a personas de confianza o depositarlo en el archivo judicial Art. 1537.

En caso de que el testamento se quiera presentar en el Archivo Judicial, el testador deberá entregarlo al encargado quien asentará la razón de depósito o entrega correspondiente, en el libro que para tales efectos se lleve en el archivo, esta razón deberá ser firmada por el testador y por quien recibe el documento, al testador se le proporcionará copia de la razón de entrega que servirá de constancia; para recoger el testamento del archivo se atenderá a la misma mecánica que en la entrega. Tanto la entrega como la extracción del testamento podrán hacerse mediante apoderado, el apoderado debe ser nombrado mediante un mandato otorgado ante Notario.

Una vez que fallezca el testador, se realizará el acto solemne de apertura del testamento, el Juez que conozca del juicio sucesorio hará comparecer al Notario y a los testigos que concurren al otorgamiento, posteriormente y previo reconocimiento de firmas y de hacer constar que el testamento está cerrado, el Juez abrirá el testamento y decretará la publicación y protocolización del testamento a efecto de llevar a cabo la radicación testamentaria, la cual deberá radicarse, si es extrajudicial, ante un Notario que tenga su domicilio dentro de la misma jurisdicción del último domicilio del testador en donde haya habitado más de seis meses.

Lo anterior se sigue cuando no nos encontramos con casos especiales para el otorgamiento de este tipo de testamento, como lo sería el caso de Sordomudos o que el testador o testigos no supieren firmar o escribir, en este caso y por regla general, cuando el testador no pudiere escribir, el testamento lo redactará él y lo escribirá otra persona a su ruego, firmando al calce y al final del testamento a ruego del testador, en este caso la persona que haya escrito y firmado el testamento a ruego del testador

CAPITULO I

deberá comparecer ante el Notario, y se asentará esta situación firmando en la cubierta ante el Notario a ruego del testador junto con los testigos.

En dado caso de que el testador escribió de su puño y letra su testamento y al momento de su otorgamiento no pudiere firmar, lo hará a su ruego otra persona distinta de los testigos, lo mismo sucederá en caso de que un testigo no pudiere firmar en el momento, solo en caso de extrema urgencia podrá firmar uno de los testigos por el que no pueda hacerlo o por el testador, pero el Notario deberá asentar esta circunstancia en el acta que al efecto se realice.

El sordomudo si podrá llevar a cabo este tipo de testamento pero no podrá hacerlo a través de procurador, el tendrá que escribirlo de su puño y letra forzosamente, y será acompañado al Notario por cinco testigos debiendo escribir en la cubierta del documento, que ahí se encuentra su última voluntad, y que va escrita y firmada por él, haciendo el Notario las aclaraciones respectivas en el acta que al efecto se deba realizar.

Como vemos este tipo de testamento es más complicado que el testamento público abierto, la ventaja aquí es que se mantiene en secreto la voluntad del testador y solo él es quien la conoce, por eso también es conocido como testamento místico o secreto.

EL TESTAMENTO OLOGRAFO

El testamento ológrafo es aquel que es escrito por el testador de su puño y letra, existe la limitación de que únicamente pueden testar por medio de este testamento las personas que hayan adquirido la mayoría de edad.

Este tipo de testamento además de las características antes enumeradas, deberá ir firmado por el testador quien señalará el día, mes y año de otorgamiento, deberá el testador elaborarlo por duplicado e imprimirá en cada ejemplar su huella digital.

Las disposiciones testamentarias irán dentro de un sobre sellado y lacrado que el testador entregará en el Archivo General de Notarías en presencia de dos testigos que lo conozcan, tendrá que llevar los dos testamentos uno de los cuales se quedará en el archivo y otro que le será devuelto al testador, previas las anotaciones que haga en el mismo el encargado del archivo, es decir, al llevar el testador al archivo su testamento, el encargado verificará que el sobre que recibe del testador se encuentre sellado y lacrado y con la siguiente leyenda: "dentro de este sobre se contiene mi testamento", leyenda que tendrá que ser escrita del puño y letra del testador.

El encargado del archivo una vez que vea que dichos requisitos se han cumplido, expresará el día y hora en que se hace el depósito, dicha

CAPITULO I

anotación será firmada por el testador, encargado y testigos que acompañen al testador.

El duplicado del testamento se regresará al testador previa anotación que realice el encargado del archivo en el sobre con la siguiente leyenda: recibí el pliego cerrado que el señor... afirma contiene original de su testamento ológrafo, del cual según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado (artículo 1555 Código Civil) haciendo una anotación el encargado del archivo, la cual firmará el testador, los testigos y el propio encargado.

Hasta aquí hemos visto los pasos necesarios que se tienen que realizar para la elaboración y depósito del testamento y los requisitos que se tienen que llenar para que el acto tenga validez.

Posteriormente, el encargado del Archivo General de Notarías realizará las anotaciones respectivas en el libro correspondiente y conservará el original bajo su responsabilidad, el cual subsistirá hasta que le sea requerido, ya sea por el propio testador o por el juez que conozca de la sucesión.

Existe disposición expresa en nuestra Ley para invalidar este tipo de testamento si se comprueba que existe algún indicio que presuponga la violación del mismo o de las firmas de quienes tienen que hacerlo, es decir, si se han violado los sellos o existen enmendaduras, raspaduras en firmas o en el contenido del testamento. En este caso el Juez decretará la invalidez del testamento, y si no existiere otro entregado con anterioridad o posterioridad se abrirá la sucesión legítima.

Para que se remita el testamento ante el Juez o Notario para que se radique la testamentaría estos lo tendrán que solicitar al Director del Archivo General de Notarías por escrito.

TESTAMENTOS ESPECIALES

Dentro del grupo de testamentos que se clasifican como especiales tenemos al testamento privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero, a estas formas de testamento se les considera especiales, porque se otorgan bajo ciertas circunstancias especiales y en forma casuística, debido a un estado de emergencia y únicamente tendrán como ya hemos visto un periodo de vigencia de treinta días posteriores a su otorgamiento.

Antonio de Ibarrola²⁰ realiza una clasificación más amplia de los testamentos especiales y los divide en cuatro grupos:

(20) Ibarrola, Antonio de. Op. Cit. Pags. 579 y ss..

PRIMER GRUPO. Testamentos especiales por razón de la persona del testador.

- a) Testamento del loco.
- b) El hecho en lengua extranjera.
- c) El del sordo.
- d) El del sordomudo y el del mudo que sabe escribir.
- e) El hecho en Inminente peligro de muerte.

SEGUNDO GRUPO. Testamentos especiales por razón del lugar.

- a) El testamento hecho en país extranjero.
- b) El testamento marítimo.

TERCER GRUPO. Testamentos especiales por razón del tiempo.

- a) El testamento privado.

CUARTO GRUPO. Testamentos especiales por razón de la persona, del lugar y del tiempo.

- a) El testamento del militar.

Nosotros estudiaremos los cuatro tipos de testamentos especiales que reconoce nuestra Ley.

EL TESTAMENTO PRIVADO

Este tipo de testamento, lo hará el testador en presencia de cinco testigos, aquí el testador escribirá sus disposiciones testamentarias si es que puede hacerlo, si no, lo hará uno de los testigos, no es requisito de existencia del testamento el que sea elaborado por escrito, no así la presencia de los testigos, ya que puede darse el caso de que testador y testigos no sepan escribir, el artículo 1568 también acepta el testamento en estas circunstancias cuando sea de suma urgencia su otorgamiento, caso en el que únicamente se requerirá la presencia de tres testigos idóneos.

La forma de elaborar el testamento será parecido al procedimiento que se tiene que seguir en el testamento Público Abierto con excepción de la presencia del Notario Público.

El testador redactará su última voluntad en presencia de los testigos, sean 3 ó 5 según sea el caso, y si se hace por escrito y si supieren firmar todos, testigos y testador firmarán el documento.

Si alguno de los testigos no supiere escribir firmará otro a su ruego misma situación si el testador, no pudiere o no supiere escribir.

El sordo puede otorgar testamento privado dando lectura él a su testamento, o bien estableciendo frente a los testigos si es caso de extrema urgencia, sus disposiciones testamentarias en forma verbal.

El ciego también puede testar bajo este sistema, dando lectura del testamento dos veces, las personas que darán lectura, serán testigos o bien un testigo y una persona que designe el propio testador.

Todas las formalidades se deberán llevar a cabo en un acto sin interrupción de principio a fin.

Este testamento está permitido en las siguientes casos:

- Cuando el testador padece de alguna enfermedad que por su grado de peligro no da tiempo para que ocurra ante Notario a realizar testamento; o bien cuando no exista Notario en el lugar ó Juez que actúe por ministerio de Ley, la fracción II del artículo 1565 habla de actuación por receptoría.
- Si existiere Juez o Notario cuando sea imposible que acudan al otorgamiento del testamento.
- Y por último cuando los militares o asimilados del ejército llegaren al lugar en campaña o sean prisioneros de guerra.

Además de las circunstancias anteriormente descritas, es necesario que el testador este imposibilitado de otorgar testamento alógrafo.

Es por eso que este testamento es considerado dentro de los testamentos especiales, ya que como hemos visto únicamente en ciertos casos particulares se puede otorgar y ser válido, respecto a la validez del testamento además de lo antes mencionado requiere que una vez que fallezca el testador el Juez declare como formal testamento del de cujus, las declaraciones de los testigos; las cuales contendrán, el lugar, hora, día, mes y año en que se otorgó el testamento, la declaración de haber escuchado, reconocido y visto al testador en forma clara, establecer las disposiciones del testador, aclarar si era capaz de testar, es decir, si se encontraba en cabal juicio para realizar el testamento y libre de toda coacción y violencia, el motivo por el que se otorgó el testamento bajo esta forma y si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o por el motivo que otorgó el testamento, es decir, el peligro o causa urgente que lo motivó, ya que el testamento privado surtirá todos sus efectos si el testador fallece con motivo de la enfermedad padecida al momento de su otorgamiento o por el peligro en que se encontraba, o bien dentro del mes siguiente al mes de desaparecida la causa que lo originó. Artículo 1571 Código Civil.

CAPITULO I

La declaración de los testigos será pedida por los interesados una vez que sepan de la muerte del testador y la forma de su última disposición.

En caso de que uno de los testigos falleciere o no estuviere después de la muerte del testador, la declaración ante Juez se hará por los testigos restantes, siempre que sean idóneos y que no sean en menor número que tres, por lo cual si un testamento privado es otorgado por la suma urgencia que presupone el artículo 1569 y solo son tres testigos y algunos de ellos falleciere o se encuentra ausente no podrá el Juez decretarlo como formal testamento.

La ausencia de un testigo siempre que no sea con dolo y sean dos los testigos no será impedimento para llevar a cabo la declaración de los testigos.

Si se supiere el paradero de los testigos se les solicitará su declaración mediante exhorto que solicitará el Juez que conoció del asunto.

Como bien lo señala Antonio de Ibarrola,²¹ la Ley adolece de algunas fallas en esta materia, como él lo establece, está mal inspirada, ya que debió otorgar facultades a alguna otra autoridad, párroco o médico a fin de que recibieran el testamento ya que de esta forma existiría menos posibilidades de falsedad.

EL TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO

Los testamentos de Nacionales en país Extranjero, deberán otorgarse o entregarse ante el agente diplomático o consular representante de México en el País de que se trate, dicho testamento solo producirá efectos, como lo señala el artículo 1593, si se otorga de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron (la Ley del lugar rige el acto), siguiendo el principio general de derecho.

El artículo 1594 señala que los secretarios de legación los cónsules y vicecónsules solo podrán actuar como notarios o receptores de testamentos en el caso de que las disposiciones testamentarias tengan ejecución en el Distrito Federal. Aquí podría surgir la duda sobre que pasaría si las disposiciones testamentarias deban tener ejecución en alguno de los Estados de la República, sobre el particular considero que existe una laguna en la Ley, ya que el C.C. del Estado de México en su artículo 1427 preceptúa: "En el Estado se reconoce plena validez a los testamentos militar, marítimo y al hecho en país extranjero, si se ajustan al Código Civil de aplicación federal y disposiciones federales relativas." De la lectura anterior podemos entender dos situaciones. Primero, que las disposiciones testamentarias de aplicación en los Estados sean plenamente reconocidas por estos, en cuyo caso no habrá problema, y la otra es que el C.C. de

(21) Ibarrola, Antonio de. Op. Cit. Pag. 685.

CAPITULO I

aplicación federal limita a los Secretarios de legación, Cónsules y Vicecónsules en su actuación única en el Distrito Federal. Pero considero que esto es únicamente materia de Interpretación de las Leyes.

Existen dos posibilidades en el otorgamiento de testamento fuera del país, es decir, que se otorgue testamento en el protocolo del Consul actuando en funciones de Notario, caso en el que remitirán a la Secretaría de Relaciones Exteriores copia autorizada del testamento que se hubiere otorgado ante ellos, la secretaría se hará cargo de las publicaciones en los periódicos sobre la noticia de muerte del testador, para que los interesados realicen los trámites para la apertura del testamento, en estos casos el testamento llevará el sello del Consul o de quien hubiere otorgado el servicio.

En el caso de que los agentes Consulares o Diplomáticos, únicamente recibieren el testamento, (alógrafa) lo remitirán a la Secretaría de Relaciones Exteriores, con el fin de que en un término de diez días se haga llegar al Archivo General de Notarías, en cuyo caso el consul, viceconsul o secretario de legación, dará un recibo de la entrega.

EL TESTAMENTO MARITIMO

Este tipo de testamento lo pueden llevar a cabo quienes se encuentren a bordo de navíos de la marina nacional y en alta mar, ya sea navíos de guerra o mercantes, la persona que quiera testar lo hará en presencia de dos testigos y del capitán de la nave, quién será el encargado de dar lectura al mismo, firmando en él los testigos, el capitán y el propio testador.

Al igual que en los otros tipos de testamento, las disposiciones testamentarias, serán claras y terminantes, en caso de que alguno de los comparecientes no supiere o no pudiere firmar, firmará otra persona a su ruego, siempre deberá de existir por lo menos dos firmas de testigos, si el testador no pudiere o no supiere intervendrá otro testigo más firmando y escribiendo el testamento a ruego del testador, en caso de suma urgencia uno de los instrumentales lo hará y no habrá necesidad de llamar a otro testigo, pero tendrá que hacerse mención de estas circunstancias en el testamento.

El sordo deberá leer su testamento y si no pudiere hacerlo designará a una persona para que lo haga a su nombre.

Cuando sea ciego el testador se dará doble lectura al testamento, la Ley no establece quienes, pero se supone que una de ellas será el capitán y otra uno de los testigos o la persona que el testador designe, si el testador no supiere el idioma español el testamento lo hará en su lengua natal, mismo que será traducido por dos intérpretes quienes también firmarán el testamento, si no supiere escribir uno de los intérpretes lo escribirá según le

CAPITULO I

dicte el testador y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los dos intérpretes, si tampoco sabe leer dictará al intérprete y se procederá en la misma forma.

En caso de que el capitán de la embarcación fuere quien otorgara el testamento, ocupará su cargo el que le sucediere en el mando.

El testamento marítimo se hará por duplicado, el testamento debidamente fechado y firmado se conservará entre los papeles de más importancia de la embarcación y se tomará razón del otorgamiento en el diario de la nave (bitácora).

Cuando la embarcación llegue al primer puerto en donde exista consul, viceconsul mexicano, o agente diplomático, entregará a este uno de los ejemplares del testamento y copia de la anotación realizada en el diario de la embarcación; si no desembarca el barco en su viaje en el extranjero o donde lo hiciera no existiere algún agente diplomático o consul, el capitán del barco al llegar al primer puerto nacional entregará uno o dos ejemplares del testamento según sea el caso a la autoridad marítima del lugar, en este caso a la capitania de puerto.

El capitán al entregar el ejemplar del testamento ya sea a un agente diplomático, consular o a la autoridad nacional del puerto según sea el caso, exigirá recibo por el documento y asentará dicho recibo en el diario de la embarcación.

Asimismo es obligación de quien recibió el testamento, elaborar un acta haciendo mención a los hechos e inmediatamente junto con el ejemplar del testamento enviarlo a la Secretaría de Relaciones Exteriores, aquí se encargarán de hacer la publicación de la muerte del testador, de esta forma los interesados promoverán la apertura del testamento.

El testamento marítimo será válido si se cumplen todos los requisitos antes mencionados pero únicamente surtirá sus efectos si el testador fallece a bordo de la embarcación o en algún lugar donde no pudo haber otorgado testamento o ratificado el ya otorgado.

El artículo 1592 señala que en caso de que por determinadas razones no se suplere sobre la muerte del testador, se estará a lo dispuesto por el título del Código Civil de los ausentes e ignorados.

EL TESTAMENTO MILITAR

Dentro del grupo de testamentos especiales se encuentra el testamento militar, debido a las características que tiene el mismo, pero es importante hacer la anotación que realiza Manuel Borja Soriano²² al establecer que es

(22) Ibarrola, Antonio de. Op. Cit. Pag. 589.

especial este testamento en cuanto a la forma más no en el fondo que es el común y corriente.

Este testamento puede ser otorgado en forma verbal o escrita ante la presencia de dos testigos pero es necesario que se realice en el mismo momento de entrar en acción de guerra o encontrarse herido en el campo de batalla, sobre esta última suposición no hay ningún problema, es entendible por la clara razón de peligro o extrema urgencia, pero en cuanto a la declaración de entrar en acción de guerra, tiene sus objeciones, es decir, no se necesita una declaración formal para que se pueda otorgar, o bien si se hace la declaración y no hay peligro se puede otorgar sin ningún problema en cualquier otra forma.

Se debió haber pensado como en el testamento privado en una situación inminente de peligro o de suma urgencia.

El testador declara su voluntad ante dos testigos o bien les entregará el sobre donde contenga sus disposiciones testamentarias, siempre y cuando estén firmadas de su puño y letra.

Generalmente los militares otorgan este tipo de testamento aunque también lo pueden hacer los prisioneros de guerra y aquellos que no siendo militares se encuentren en uno de los supuestos antes mencionados y que marca el artículo 1579 del C.C.

Cuando muera el testador y el testamento sea por escrito, se hará llegar a la autoridad judicial competente por medio de los testigos quienes lo entregarán al Secretario de la Defensa Nacional, quién se encargará de remitirlo al Juez para que este último lo declare como el formal testamento del De Cujus.

Si el testamento fuere verbal, los testigos informarán al jefe de la corporación, quien dará parte a la Secretaría de la Defensa Nacional, y esta a su vez al juez competente, quién una vez que los testigos declaren sobre el lugar, día, hora, mes y año en que se otorgó el testamento, y las declaraciones que se refiere el artículo 1574, declarará como formal testamento el dicho de los testigos y de esta forma se tendrá que radicar el testamento y ejecutar las disposiciones testamentarias.

1.5. EL ALBACEA

La palabra albacea proviene del árabe (AL WACI) que significa en español antiguo cabezalero o monsesor.

La institución de albacea proviene de una figura que existía en roma denominada el familia emptor, quien en el testamento Per Aes et Libram adquiría la herencia del de cujus y se encargaba de la ejecución de las

disposiciones testamentarias encomendadas por el testador.

Al efecto Florist Margadant señala²³ que el familiae emptor era en efecto un comprador del patrimonio pero que esta compraventa era ficticia, este familiae emptor surgió en el testamento en forma de contrato o testamento mancipatorio, el cual tenía las ventajas de la mancipatio pero también ofrecía ciertas desventajas como la irrevocabilidad del mismo, ya que como era en forma de contrato no podía anularse por voluntad de una sola parte, además se daba publicidad a este acto y de esta forma era conocido el contenido del mismo, creando en muchas ocasiones disgusto entre los herederos provocando conflictos que dificultaban la existencia pacífica del testador.

La figura del familiae emptor fue evolucionando hasta que se convirtió en albacea ya que se le entregaban las tábulas firmadas por los testigos, pero cerradas en donde existía las disposiciones del testador, el de esta forma ya no compraba patrimonio, sino que era depositario de los bienes y se encargaba de ejecutar estas disposiciones es por esta razón que al albacea también se le conoce como ejecutor testamentario.

A continuación hare un análisis sobre lo que es el albacea y cuales son sus funciones.

Sobre la naturaleza jurídica del albacea se ha hablado mucho, existen diferentes teorías que van desde la que explica el albaceazgo como un mandato post mortem, hasta las teorías de la representación, pasando por la teoría de la tutela y otras como la del derecho sui generis. Aquí expondremos algunas de ellas.

Luis F. Uribe establece:²⁴ " que el albacea es un representante de la "sucesión de", ya que el considera a la sucesión como una persona moral, lo cual para fines prácticos da una solución al problema pero en realidad no nos convence.

Lo que a mí parecer resuelve el problema, es la idea de que el albacea es un órgano representativo de todos los intereses vinculados por la herencia.

Así el maestro Rojina Villegas establece sobre el albacea²⁵ "son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cujus, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia. Es decir, los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y, en su caso los ejecutores de las disposiciones testamentarias".

(23) Floris Margadant, Guillermo. Op. Cit. Pag. 467.

(24) Uribe F., Luis. Op. Cit. Pag 104.

(25) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pag. 334.

CAPITULO I

El albacea tiene una serie de características que lo hacen diferente a cualquier ente jurídico con el que se le pretenda comparar, a continuación veremos lo que es el cargo del albaceazgo.

Por principio de cuentas diremos que es voluntario en cuanto a la aceptación pero obligatorio una vez que se ha aceptado, aunque es renunciable, y esto únicamente bajo causa justificada (artículo 1696 C.C.).

Es personalísimo, ya que no puede delegar el cargo, y tampoco es susceptible de transmisión por herencia, pero sí puede actuar a través de mandatario (art. 1700 C.C.).

Es temporal ya que se fija un plazo determinado de un año para cumplir con sus funciones (art. 1737 C.C.).

Los albaceas pueden ser de tres tipos, testamentarios, legítimos y dativos, aquí hablaremos del testamentario quien tiene a su cargo el cumplimiento del testamento hasta la partición de los bienes, al albacea se le ha considerado un continuador de las relaciones patrimoniales del De Cujus.

En cuanto a la capacidad para ser albacea existe el principio general de que podrán ser albaceas todas las personas a quienes expresamente la Ley no se lo prohíba partiendo del principio general de derecho que establece que la capacidad se presume salvo prueba en contrario. Respecto a la capacidad tenemos que el artículo 1679 y 1680 señala quienes no podrán ser albaceas aquí y como lo señala Antonio de Ibarrola²⁶ existen dos tipos de incapacidades, la absoluta y la relativa como ejemplo de la incapacidad absoluta tenemos el primer párrafo del artículo 1679 "No podrán ser albaceas el que no tenga la libre disposición de sus bienes" y como ejemplo de incapacidad relativa la fracción IV del artículo 1680 "Los que no tengan un modo honesto de vivir, ya que la incapacidad desaparecerá si la persona cambia esta situación".

A su vez el albacea testamentario puede ser universal o especial es universal cuando se le encomienda la ejecución total de las disposiciones testamentarias y especial cuando únicamente se le encomienda el cumplir una parte del testamento, llamado también executor especial.

Habrán albaceas mancomunados cuando dos o más ejecuten el cargo al mismo tiempo y tomen los acuerdos por mayoría o por unanimidad, será sucesivo el desempeño del cargo cuando a falta del designado en primer lugar lo hiciera quien ha designado el testador para desempeñar el cargo en segundo lugar.

Dentro de las funciones del albacea tenemos que se sujetará a las facultades que le haya designado el testador; así mismo el albacea tiene las siguientes obligaciones:

- 1) Llevar a cabo la presentación del testamento.

(26) Ibarrola, Antonio de. Op. Cit. Pag. 716.

- 2) La formación de inventarios. Esta función estriba en realizar un inventario de los bienes nombrados en el testamento y presentarlo dentro de los diez días siguientes al aceptar el cargo.
- 3) Administración de los bienes y rendición de cuentas. Se refiere a no malograr los bienes y administrarlos como buen padre de familia, y cada año tendrá que rendir cuentas de la administración de los bienes, para poder ser ratificado en su cargo, esta rendición de cuentas la deberá llevar a cabo dentro de los cinco días siguientes al ejercicio anual de su cargo.
- 4) Pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias. Se refiere a los gastos de funeral, las que el testador haya adquirido con sus acreedores y las que dispuso expresamente en el testamento.
- 5) La participación y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios. Esta es quizá una de las funciones a las que la mayoría de la gente le brinda más importancia, ya que es la repartición de los bienes según las disposiciones testamentarias, en esta parte es donde la cláusula fiduciaria y en si el fideicomiso interviene en forma directa, así mismo la actuación del Notario en el acto de adjudicación de los bienes en favor de los beneficiarios se hace presente.
- 6) La defensa en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento. El albacea debe actuar como defensor de los intereses de herederos y legatarios luchar con medios propios y haciéndose valer de otros para cumplir y hacer cumplir las disposiciones testamentarias.
- 7) Representar a la Sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra de ella esta función tiene su base en la confianza del testador para el nombramiento del albacea ya que considero a la misma como la persona más capaz para desempeñar el cargo, y que en determinado momento hará todo lo posible por proteger a la sucesión y vigilar sus intereses.
- 8) Garantizar su manejo. Ya sea con fianza prenda o hipoteca de acuerdo a las bases que establecen los artículos 1708 y 1709, dicha garantía deberá ser suficiente para garantizar bienes muebles y los frutos o productos producidos en término promedio durante el último quinquenio, o los del último año a elección del juez en caso de fincas rústicas, o bien por el importe de las rentas caso de bienes raíces durante el último año en el caso de negociaciones mercantiles, por el 20% del valor de las mercancías y bienes muebles pertenecientes a las empresas.

CAPITULO I

En el único caso en que no estará obligado a prestar garantía será cuando el albacea también fuere heredero y su porción hereditaria garantice en los términos arriba especificados.

El albacea no es dueño de los bienes hereditarios sino que únicamente es un poseedor derivado como lo establece Rojina Villegas²⁷ y la posesión originaria se transmite a los herederos y/o legatarios al momento de la muerte del de Cujus.

La Ley le ha fijado ciertas restricciones en cuanto a su actuación, veremos cuales son. El albacea no puede gravar ni hipotecar los bienes, sin consentimiento de los herederos o legatarios en su caso", artículo 1719.

Así mismo en cuanto al arrendamiento de bienes el artículo 1721 establece: "El albacea sólo puede dar en arrendamiento hasta por un año los bienes de la herencia, para arrendarlos por mayor tiempo, necesita del consentimiento de los herederos o de los legatarios en su caso".

Es importante resaltar en este punto que a través de un fideicomiso todas estas circunstancias podrían planearse y obtener mejores resultados con la intervención del departamento fiduciario del banco, ya que si existieren menores que hubieren sido designados herederos o hubiere discrepancia entre los mismos, alguna deuda que pagar o algún gasto urgente como lo establece el artículo 1717 se necesitaría autorización judicial lo cual haría más complicado y difícil el trámite, en cambio si en el fideicomiso se establece alguna disposición sobre el particular se evitarían problemas y ahorro en tiempo y dinero lo cual es beneficioso para los herederos, ya que como lo establece el artículo 1765 si no esta de acuerdo la mayoría de los herederos, el juez decidirá.

De lo anterior podemos observar como el albacea se encuentra limitado en su actuación y no tiene capacidad para celebrar todo tipo de actos jurídicos, respecto a la venta de bienes se tendrá que realizar con el consentimiento de los herederos.

Aparte de estas prohibiciones respecto a los bienes tenemos que como el desempeño del cargo es personalísimo, no podrá delegar el cargo, no implicando que no pueda actuar mediante apoderado como ya lo hemos visto anteriormente.

El artículo 1745 señala las causas de terminación del cargo.

(27) "conforme al artículo 1704, el derecho a la posesión de los bienes hereditarios se transmite, por ministerio de ley, a los herederos y a los ejecutores universales, desde el momento de la muerte del autor de la herencia, salvo lo dispuesto en el artículo 205. Dicho precepto debe entenderse en el sentido de que a los herederos se transmite la posesión originaria y al albacea la posesión derivada..." Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pag. 339.

CAPITULO I

- a) Por el término natural del encargo, es decir, que se haya cumplido la misión del albacea en el testamento.
- b) Por muerte, aquí cabe hacer mención que tanto la muerte del albacea, como la de los herederos en el caso de que no exista designación de herederos en segundo lugar, por lo cual se tendrá que abrir la sucesión intestamentaria y nombrar nuevo albacea.
- c) Por incapacidad legal declarada en forma, señala Antonio de Ibarrola²⁸ que en este caso terminará el cargo de albacea, más no el albaceazgo, ya que al igual que en el inciso anterior habrá que nombrar uno nuevo.
- d) Por excusa que el juez califique de legítima con audiencia de los interesados y del ministerio público, cuando se interesen menores o la beneficencia pública.

Así el artículo 1698 Código Civil señala que pueden excusarse de ser albaceas:

- I) Los empleados y funcionarios públicos.
- II) Los militares en servicio activo.
- III) Los que fueren tan pobres que no puedan atender el albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia.
- IV) Los que por el mal estado habitual de salud o por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente el albaceazgo.
- V) Los que tengan sesenta años cumplidos.
- VI) Los que tengan a su cargo otro albaceazgo.

El albacea que presentare excusa para el desempeño del cargo deberá hacerlo dentro de los seis días siguientes al que conoció de su nombramiento o si ya lo conociere dentro del mismo término después del fallecimiento del testador, mientras se decida sobre su excusa, deberá desempeñar el cargo (arts. 1697 y 1699).

- e) Por terminar el plazo señalado por la Ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo como lo hemos establecido anteriormente el plazo señalado es de un año y prorrogable por otro año previa rendición de cuentas al efecto Ibarrola señala que el solo transcurso de un año no priva a la sucesión de su representante sino que se requiere de resolución judicial.

[28] Ibarrola, Antonio de. Op. Cit. Pág. 723.

- f) Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos, se tiene por entendido que tendrá que ser por mayoría de los herederos quienes soliciten la revocación, decidiendo el juez y como lo establece el artículo 1746 en el mismo acto deberá nombrarse el albacea sustituto.
- g) Por revocación, la revocación obedece a un incumplimiento en la actuación del albacea o a malos manejos que presuponen falta de responsabilidad y debido a la obligatoriedad que tiene el albacea de cumplir con lo establecido en el testamento y la Ley, puede por iniciativa de cualquier heredero y por sentencia de juez ser removido de su cargo. Artículo 1748.

Cuando hablamos de las funciones del albacea en páginas anteriores establecimos que una de las funciones que más interesan a los herederos y que otorga el carácter preponderantemente económico lo es el inventario de la herencia, partición de la misma y adjudicación de los bienes, de lo cual hablaremos a continuación, ya que aparte del interés que se le otorga por los beneficiarios y ser un de las obligaciones del albacea por la cual puede incurrir en responsabilidad penal, tiene relación directa con el capítulo IV del presente trabajo.

Partiendo de la definición de herencia que nos proporciona Rafael de Pina²⁹ "Sucesión en todos los bienes derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte", debemos entender y sabemos que dicha sucesión a título universal es sobre los activos y pasivos que hubiere adquirido el testador, por lo tanto la primera parte se refiere a la realización del inventario lo cual tendrá que llevar a cabo el albacea como una obligación dentro de un término de 10 días después de haber aceptado el cargo, debiendo presentarlo junto con los avalúos respectivos en un término de 60 días (artículo 966 CPC Estado de México), en el caso que los beneficiarios de la herencia fueren menores de edad o Instituciones de Asistencia Privadas, el inventario lo realizará el actuario del juzgado o Notario, quién será nombrado por la mayoría de los herederos.

En cuanto a la liquidación de la herencia, es el segundo paso que se tiene que realizar una vez que se ha formulado el inventario, y que es aprobado por el juez, se procederá a liquidar los pasivos que hubiese adquirido el testador, en esta liquidación de pasivos no aportarán capital los legatarios a menos que haya dispuesto otra cosa el testador dentro del testamento, si es el caso de que no existan herederos designados y se haya dividido todo el patrimonio en legados se tendrá a todos con el carácter de herederos y por lo tanto tendrán que responder de los pasivos.

Nuestro Código Civil establece un orden para el pago de las deudas:

(29) De Pina Vara, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 1981. Décima Edición. Pags. 286 y 287.

CAPITULO I

1. Deudas Mortuorias. Si es que no se hubiesen pagado ya antes de realizar el inventario.
2. Gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia, así como los créditos alimenticios que puedan también ser cubiertos antes de la formación del inventario.
3. Las deudas hereditarias que fueren exigibles, es decir, las que haya adquirido el testador antes de su muerte y que haya garantizado con sus bienes, si no fueren exigibles podrán no cubrirlos, ya que no existe obligación de hacerlo.
4. Posteriormente todas las demás deudas, conforme la sentencia de graduación de acreedores, art. 1767, o bien en el orden que se presenten, si existieren acreedores preferentes se les pagará primero. Previa caución del acreedor de mejor derecho.

El legatario tiene una responsabilidad subsidiaria con el heredero y no podrían ser cubiertos los legados si no hubieren asignado bienes para liquidar los pasivos.

En lo que se refiere a la partición de la herencia es el acto por medio del cual, se le otorga a cada heredero su haber en el caudal o masa hereditaria, aquí surge el problema como lo señala José Arce y Cervantes³⁰, si existe o no un traslado de dominio al realizar la partición, considero que si existe una traslación en el dominio de la cosa, ya que si bien se tiene un derecho desde el momento de la muerte del testador, este derecho es un derecho a ser propietario, es una expectativa, ya que podemos repudiar ese derecho, y al momento de la muerte opera en todos los sentidos la transmisión de la propiedad del de cujus hacia los herederos, yo no considero como lo hacen José Arce Cervantes y Becerra Bautista en que sea un acto declarativo de derechos y por lo tanto no exista una transmisión de propiedad, es tan simple como el hecho de que al fallecer el de cujus el heredero va a ser propietario de algo que antes no le pertenecía.

La partición se tiene que llevar a cabo de acuerdo con las disposiciones establecidas en el testamento, fundamento del cual hemos partido para la realización del presente trabajo, en caso de que no existiere testamento lo puede hacer el juez conforme a los lineamientos que marque la Ley.

En el primer caso de partición lo hará el albacea cumpliendo con la obligación de cumplir la voluntad del testador, en la partición judicial la hará el juez.

(30) Arce y Cervantes, José. Op. Cit. Pag. 197.

CAPITULO I

En cuanto a la adjudicación, señala Pina Vara³¹ "es el acto judicial consistente en la atribución como propia persona determinada de una cosa, mueble o inmueble, como consecuencia de una subasta o partición hereditaria, con la consiguiente entrega de la misma a la persona interesada".

La anterior definición nos habla de adjudicación en forma general, en cuanto a la adjudicación hereditaria Rafael de Pina Establece:³² "Distribución entre los herederos del haber que les corresponda, haciéndolo constar por medio de hijuelas o lotes asignados individualmente a cada uno de ellos."

Partiendo de esta base podemos afirmar que la adjudicación si es un acto traslativo de dominio y por tanto constitutivo de un derecho.

Con esta etapa de adjudicación de los bienes, se termina el albaceazgo y la sucesión, los herederos o legatarios pasan a ser adjudicatarios, quedando perfectamente cumplida la voluntad del testador gracias al buen desempeño del albacea, de aquí la importancia de designar a una persona honesta, responsable y capaz para desempeñar este cargo.

(31) De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pag. 57.

(32) Ibidem.

CAPITULO II
EL TRUST Y EL FIDEICOMISO

2.1 DESARROLLO HISTORICO DEL TRUST

Tanto el Trust como el Use o Uso, son las instituciones inglesas que más elementos han aportado al fideicomiso mexicano, sin embargo casi todos los autores tratan de ubicar el nacimiento del fideicomiso mexicano en el derecho romano, debido a la utilización de la palabra "fideicomissum". Pero en sí el fideicomissum romano no tiene las características del fideicomiso mexicano, por eso considero al igual que el autor Guillermo F. Margadant,³³ que el fideicomiso en México, tiene sus raíces en el Use y trust ingleses.

El Trust puede estudiarse en base a dos enfoques, el económico y el jurídico, y por lo que a nuestra materia nos interesa, se dice que el Trust apareció como institución Jurídica en Inglaterra hacia el Siglo XIII, en donde surgen los Usos que no eran más que transmisiones de tierras a prestanombres para evitar el pago de ciertos tributos feudales, y algo más grave evitar que les fueran aplicadas las Leyes de manos muertas, es por eso que Rodolfo Batiza cita al autor BACON Sir Francis en su obra "Reading Upon The statute of Uses",³⁴ en donde señala que el Trust al igual que los Usos tuvieron los mismos padres, el Fraude y el temor, y la misma nodriza: un tribunal de conciencia; siendo el origen de ambos una Intención ilícita y codiciosa. Pero después de este dudoso y negativo origen tenemos que el trust, es ahora una de las figuras Jurídicas de más relevancia en el Derecho Anglosajón, ya que hoy en día se utiliza para conseguir un sinfín de objetivos siempre y cuando sean lícitos y no contravengan el Orden Público, aquí la similitud con el fideicomiso Mexicano

Sin pretender establecer una definición del trust, podemos decir que en esta figura, una persona llamada settlor, transfiere todo o parte de sus bienes a otra persona denominada trustee para que este realice determinados fines con los mismos. Es indispensable para que exista trust, que exista la cosa "res", ya que es la materia sobre lo que se va a constituir el trust. Pierre Lepaulle la denomina como un elemento activo del patrimonio sobre el que pueda recaer el trust.³⁵

Al trustee se le tiene que decir que hacer con esa "res" y todo en beneficio de una tercera persona denominada cestui que trust.

(33) "Lo que actualmente se llama fideicomiso en México no es una institución derivada directamente del Derecho Romano, sino más bien una transformación del trust anglosajón, introducido en México, a través de Panamá, en 1924. En 1932, el fideicomiso se estructuró de nuevo en la Ley de Títulos y operaciones de Crédito..."

(34) **Batiza, Rodolfo.** EL FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA. Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 1960. Primera Edición, Pag. 21.

(35) **Lepaulle, Pierre.** TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LOS TRUSTS. Editorial Porrúa S.A., México D.F. 1975. Primera Edición, Pag. 7.

CAPITULO II

El trust es un instrumento de gran flexibilidad por medio del cual se pueden conseguir diferentes y variados objetivos entre los que figura la práctica disposición de los bienes en beneficio de un sinnúmero de personas, sean físicas o jurídicas.

Antes de que surgieran los Trusts, existió el Uso, el cual es el antecedente inmediato de los trusts, y no fue más que el Instrumento ideado por el pueblo inglés para defenderse de las injustas y gravosas cargas que imponía el sistema feudal el Uso se podía constituir mediante un acto entre vivos o bien por testamento pero siempre a un prestanombre, generalmente para llevar a cabo fines ilícitos, ya que los Usos no estaban regulados por el Common Law aunque también se podían realizar fines lícitos pero que no eran reconocidos en la Ley. Dentro de este grupo podemos nombrar los Usos que con el fin de transmitir la propiedad de la tierra vía testamento se utilizaba a una tercera persona para llevar a cabo dicha transmisión; ya que se consideraba la tenencia feudal como una relación personal, y no era susceptible de transmisión hereditaria. Entre los Usos con fines ilícitos podemos nombrar como anteriormente lo hicimos la evasión de ciertas cargas tributarias.

Existen 4 teorías que hablan sobre el origen del Uso: La teoría Romana, la Alemana, la Aborigen y la Indeterminada.

La teoría Romana lo compara con el fideicomiso o el usufructo romanos, haciendo referencia a que se trata de un acto de confianza.

La teoría Alemana lo compara con la figura conocida como Salman, que viene siendo la forma más antigua del Albacea, a quien en vida se transmitían ciertos bienes para que cumpliera con la finalidad que le habían encomendado respecto a los propios bienes cuando llegara la muerte de la persona que llevó a cabo el encargo.

La Tercera teoría señala que el Uso deriva del mandato, el cual en un principio se utilizaba únicamente para bienes muebles y posteriormente se extendió para los bienes inmuebles.

Por último tenemos la teoría que explica que el Uso no es más que un resultado de la propia naturaleza humana, ya que el acto de entregar un bien para que esta persona a su vez le entregue a otro es propio del ser humano, acto que vemos día a día, con quienes no tienen mayor conocimiento que una idea de conservación de los bienes propios. Esta es la hipótesis a la que doy más validez, ya que las otras figuras, explicadas por las 3 Teorías anteriores, también están sustentadas en la idea de la conservación del bien y por lo tanto son actos propios de la naturaleza del ser humano.

El Uso tenía los siguientes elementos personales:

a) *Settlor*. Era el propietario del bien inmueble.

b) *Feoffe to use*. Era el que recibía el bien y lo transmitía a un tercero.

Cestui que use. Quien era el beneficiario de la entrega del bien, el cual podía ser un tercero o el mismo *Settlor*.

Uso sin lugar a duda fue la respuesta al injusto sistema feudal, aquí la diferencia con las otras figuras a las que se atribuye el origen del fideicomiso mexicano como lo son el fideicomiso romano, el mayorazgo y las capellanías. El Uso no solamente fue utilizado para asuntos relacionados con las sucesiones testamentarias, era un instrumento muy flexible que servía para muchas finalidades, esta característica la recogió el trust y posteriormente se transmitió al fideicomiso mexicano. Ahora estudiaremos al trust, basándonos en el trust norteamericano del cual hay poca diferencia con el Inglés.

El desarrollo histórico del trust se llevó a cabo en 4 etapas, partiendo del desarrollo del Uso el cual es su antecedente inmediato. En estas etapas el Uso fue modificándose hasta que surgieron los trusts, ahora vemos como el trust se puede utilizar para todo tipo de bienes, mientras que el Uso únicamente se utilizaba en los bienes inmuebles. Esta es una de sus principales modificaciones y posupuesto uno de los más grandes logros.

La primera de las etapas, comprende desde el Siglo XIII, que es la fecha en que aparecen los Usos en Inglaterra, hasta principios del siglo XV. En esta época como explicamos anteriormente el Uso empieza a tener gran fuerza, todo esto, debido a su carácter ilícito, así el Estado se ve en la necesidad de expedir diversas Leyes que impedían la restitución del bien al verdadero dueño, para de esta forma evitar que se recurriera al Uso y por lo tanto evitar el fraude a acreedores, ya para 1391 se amplían estas disposiciones emitidas por el Gobierno y se aplican las Leyes de manos muertas, para evitar que los órdenes religiosos de los Franciscanos poseyeran bienes, prohibiendo la transferencia en Uso en favor de estas corporaciones.

La segunda etapa comprende desde principios del siglo XV hasta la promulgación de la Ley de Usos, cuya creación fue producto de la necesidad de la existencia de una Ley que regulara los abusos existentes, ya que cantidad de quejas se presentaron en virtud de que los feoffes que eran los prestanombres, no cumplían en muchas ocasiones con las obligaciones encomendadas, ya que no existía por escrito un ordenamiento que los obligara y por lo tanto escapaba al Common law la aplicación de las Leyes. Es así como el canciller, en su carácter de alto mandatario eclesiástico muestra deseos de hacer justicia, obligando a los feoffes a cumplir con sus obligaciones morales, cumpliendo con las disposiciones a que se habían sujetado, situación que fue temporal y que no todos cumplían.

gran madurez, y solo le resta afinar ciertos aspectos de detalle.

De esta manera llegamos a lo que se conoce como el trust moderno, cuya definición nos hace pensar inmediatamente en el fideicomiso mexicano. "un trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee (trustee) esta obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor).³⁸

Es así como el Uso se transforma, y el trust es utilizado actualmente como un medio que en definitiva garantiza el manejo y ejecución de un sinn de actos cotidianos en la vida social, jurídica y económica de los países en donde opera.

A continuación veamos algunas de las formas en que es utilizada esta figura.

2.2. LAS TRUST COMPANIES

Las trust companies surgen a raíz de que en Inglaterra no existía la posibilidad jurídica de que una persona física pudiera desempeñar las funciones de trust, así estas trust companies no son más que empresas que operan como el fiduciario en nuestro fideicomiso y que otorgan una serie de servicios tanto a personas físicas como a grupos de personas y empresas.

Esta Institución sin duda alguna ha alcanzado su máximo desarrollo en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde aparecen a principios del Siglo XIX, pero que desde entonces empezaron a tener gran aceptación y gran auge a raíz de los drásticos cambios que empezó a tener esa nación. Dichos cambios basados en la evolución de una sociedad de tipo agrícola mercantil hacia una sociedad preponderantemente industrial.

Estos cambios tenían que ser financiados por empresas de gran complejidad, en donde se proveían de recursos de diferentes procedencias. Así en los primeros años se establecieron estas empresas en el Noroeste de los Estados Unidos de Norteamérica, ya para el periodo de 1840 a 1890 se introduce el Corporate Trust, que no es más que un trust para sociedades, en el año de 1874 surge un hecho de gran importancia, ya que por primera vez se crea un departamento especializado dentro de las empresas para que se encargue de los depósitos en efectivo que se realizan en ese Banco, destinados a un trust, aquí vemos la similitud que existe con lo que conocemos como el departamento fiduciario de las Sociedades Nacionales de Crédito que operan en nuestro País.

[38] Villagordoa Lozano, José Manuel. Cita a Jorge Serrano Trasviña. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. Editorial Porrúa S.A., México D.F. 1982. Segunda Edición. Pag. 18.

La Clase de servicios que prestaban estas empresas era diferente al que ahora imparten, ya que en un principio operaban como depositarios de cantidades de dinero a fin de destinarlo a diferentes Inversiones para tratar de obtener mejores ganancias, prueba de esto es que el American Institute of Banking, define sus servicios como "aquellos que consisten en la distribución de patrimonios, la administración de trusts, el desempeño de tutelas y la ejecución de mandatos, en todos los casos pertinentes, para personas físicas, empresas comerciales, unidades de gobierno municipales y estatales, y fundaciones e Instituciones públicas educativas, sociales, recreativas y de beneficencia. En suma los negocios del trust consisten en el cuidado y la administración de los bienes de otras personas".³⁹

Así tenemos que las funciones de un departamento de trust pueden clasificarse en tres categorías:

- 1) La distribución de patrimonios.
- 2) La administración de trusts y de tutelas.
- 3) La ejecución de mandatos.

Estos servicios que prestan las trust companies, los llevan a cabo como compañía, esto es, cuando han sido designados trustee.

Esta aclaración tiene razón de ser en virtud de la similitud que existe con la designación de albacea de una institución fiduciaria dentro del fideicomiso testamentario, que es el tema que nos ocupa y que veremos a fondo más adelante.

Las tres funciones o categorías antes mencionadas también son desempeñadas en los trust personales, a continuación explicaremos en que consiste este tipo de trust y los tres servicios más importantes que prestan para efectos de este trabajo.

2.3. LOS TRUST PERSONALES

A este tipo de trust se les denomina de esta manera, en virtud de que la persona que se hará cargo del mismo, y quién es el obligado para desempeñarlas funciones encomendadas, es una persona física.

DISTRIBUCION DE PATRIMONIOS. En estas funciones, el trustee se encargará de planear los patrimonios en cuanto a su distribución, es la función de repartir los bienes de las personas fallecidas, aquí encontramos el parecido de la Institución con la designación de albacea, ya que se encarga de cubrir los pasivos si es que hubiere, y posteriormente se encargará de repartir a los beneficiarios los demás bienes que integran el caudal hereditario, de acuerdo a las disposiciones de testador.

(39) Stephenson, Gilbert T. BEGINNINGS OF TRUST COMPANIES. Citado por Rodolfo Batiza, Op. Cit. Pag. 384.

ADMINISTRACION DE TRUST Y DE TUTELAS. En la administración de trusts y de tutelas, una persona deja ciertos bienes a una compañía de trust, o a una persona física, a fin de que los destine en favor de una tercera persona, con el fin de administrar los bienes para posteriormente distribuirlos.

En este tipo de trust, y dentro del trust de administración existe lo que se llama el trust contractual, en donde el creador del trust celebra un convenio con el trustee en donde se fijan los términos y condiciones a que se deben sujetar.

Los trust contractuales quedan comprendidos dentro del grupo de los llamados living trusts, ya que son eficaces y surten todos sus efectos durante la vida del settlor, en cambio el trust en Administración que surte sus efectos a la muerte del Creador del trust, se encuentra ubicado dentro de los Insurance Trusts, mismos que conocemos como fideicomisos sobre seguros de vida.

DESEMPEÑO DE TUTELAS. Respecto al desempeño de tutelas, el trustee debe actuar conforme a lo establecido en el trust o en el testamento según sea el caso, pero como sabemos en los Estados Unidos de Norteamérica si bien se rigen por la Constitución Federal, cada estado de la unión, tiene su propia legislación, la cual es diferente en cada entidad, así tenemos que en materia de trusts la Ley se aplica de 2 formas con lo que se refiere a tutelas.

En unos Estados existen 2 clases de tutelas uno para los bienes, y otro para los menores, en el primer caso el trustee se va a encargar de su cuidado y custodia, ya que la naturaleza del trust no permite el cuidado de los menores o incapacitados, a su vez la guarda y cuidado de los menores e incapacitados quedará a cargo de un pariente o algún amigo.

En otros Estados si se designa a una institución como la encargada del cuidado de los menores e incapacitados, así como de los bienes se tendrá que realizar de esa manera, quedando obligada la institución.

EJECUCION DE MANDATOS. Lo que hace al trust para ejecutar mandatos o comisiones, comprende varias actividades entre las que destacan por su importancia, la de depositario, apoderado y administrador. Como depositario, la institución se comporta como custodio y conservador de los bienes, esto en el caso de inmuebles y en el caso de valores cobra los frutos o productos al vencimiento de los mismos y realiza en general todas las gestiones para su cobro y depósito de acuerdo a las instrucciones del depositante.

En el caso de bienes inmuebles los arregla y realiza mejoras sobre estos y entrega el producto de la renta al beneficiario, paga impuestos y se encarga en general de la conservación del bien.

Las facultades que tiene como apoderado no se diferencian mucho a las del administrador, pero también tiene el trustee la facultad de ejercitar

derechos de voto derivados de acciones y sustituir o delegar esta facultad, cobrar deudas y transferir bienes muebles e inmuebles.

2.4. TRUSTS PARA EMPRESAS

A diferencia del trust companie y el trust personal, el trust para empresas implica la participación de una empresa, pero, actuando como Cestul que trust, es decir, va a ser la persona que se va beneficiar con la ejecución del trust.

Al igual que en los otros tipos de trust, se manejan los servicios de administración de trust, y el de ejecución de mandatos, los cuales ya hemos explicado en incisos anteriores, existe el que caracteriza a este trust, al cual se le ha denominado de liquidación de empresas.

ADMINISTRACION DE TRUST. Para entender la administración de trusts debemos referirnos al desarrollo que hubo en los Estados Unidos de Norteamérica, ya que para la creación de la infraestructura de este país era necesario la obtención de préstamos, pero como se hablaba de grandes cantidades de dinero no era posible obtenerlo de una sola persona, así las instituciones funcionaban como trustees, quienes recibían capital de diferentes prestamistas, mismo que en forma de crédito destinaban a quienes se iban a encargar de realizar las obras, con el fin de tener capital de trabajo suficiente. Para asegurar dichos préstamos, los deudores dejaban en garantía ciertos bienes, mismos que eran gravados con prenda o hipoteca y que a su vez eran documentados mediante la emisión de obligaciones o de pagarés, siendo los beneficiarios los prestamistas, así, al término del plazo para reintegrar las cantidades si no se llevaba a cabo esta, se hacían efectivos los derechos de los tenedores en contra del deudor sobre las garantías que hubiesen otorgado, caso contrario, si cumplía con la obligación se liberaban los bienes dados en garantía.

EJECUCION DE MANDATOS. En cuanto a la ejecución de mandatos y comisiones, estos Trusts básicamente tienen 2 finalidades, primero se encargan de llevar el control de las acciones de las empresas y de sus accionistas, generalmente se emplean en empresas demasiado grandes donde se dificulta llevar este control, evitando así las cesiones irregulares de acciones, y en segundo lugar cuando determinado grupo de accionistas quieren mantener una política dentro de la empresa por determinado tiempo, o celebrar un convenio, en este caso nombran a determinados trustees con este fin.

LIQUIDACION DE EMPRESAS. En este supuesto la función del trust es llevar a cabo la liquidación de la empresa de acuerdo a las reglas que para tal efecto señalen las Leyes del país, el Trustee actuará como el Liquidador de la empresa y rendirá cuentas a quién tenga que hacerlo después de haber cubierto las deudas de la empresa con los acreedores que tuviere y

haber liquidado al personal de la misma, esto en base de la prelación que exista para el pago de deudas.

2.5. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

La ambigüedad de la Ley, ha sido un factor determinante por el cual diversos tratadistas no han podido unificar un criterio acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso en México, ya que se habla del fideicomiso como un contrato, bien como una afectación, como mandato, que se puede constituir por acto entre vivos o por testamento, lo cierto es que la mayoría de los autores tienen razón en sus puntos de vista, por lo cual en esta parte del trabajo trataremos de analizar los mismos y llegar a un punto de partida para el estudio del fideicomiso.

TEORIA DEL MANDATO

Esta teoría la sustenta el famoso jurista Panameño David Alfaro, quién trato de integrar a los países latinoamericanos el trust anglosajón, como una institución necesaria para el desarrollo económico de estos países. Su teoría se basa en la idea de que el fideicomiso "Es un mandato irrevocable, en virtud del cual se transfiere al fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario".⁴⁰ De esta definición podemos establecer que Alfaro, nos habla de un mandato especial, según lo establece el último párrafo del Artículo 2554 del Código Civil.

Alfaro establece que se trata de un mandato debido al análisis que realiza del fideicomiso Romano y del Trust inglés en donde el elemento esencial de estas dos figuras es la existencia de una persona que ejecuta un encargo que le ha sido encomendado por otra, llámesele trustee o fiduciario, esto comparado con la figura del mandato regulada por nuestro derecho, en donde el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, podemos decir que el análisis y la similitud entre las figuras no es del todo incorrecto, pero creemos que el fideicomiso se encuentra más limitado en su campo de actuación que el propio mandato, la teoría del Alfaro se vió criticada en virtud de que el Trust era un acto por naturaleza irrevocable, y el mandato se extingue por causa de muerte,⁴¹ y es revocable, a lo cual Villagordoa establece:⁴² "El mandato se extingue por

(40) Villagordoa Lozano, José Manuel. Op. Cit. Pag. 87.

(41) El artículo 2595 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "El mandato termina...

III. Por la muerte del mandante o del mandatario;..."

(42) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. Cit. Pag. 87.

la muerte el 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 de trusts”.

De lo anterior podríamos decir que la solución a este problema, sería la creación de un mandato especial irrevocable, para que de esta forma los bienes o derechos materia del mandato formarían un patrimonio independiente y del cual el fiduciario sería responsable, obligándose a cumplir con lo estipulado por el mandante, pero aquí surge nuevamente el problema del otorgamiento de un mandato irrevocable, nuestra legislación establece que solo podrán ser irrevocables los mandatos que se otorguen como medio para cumplir una obligación previamente asumida, o como una condición en un contrato. Artículo 2596 del Código Civil.

Existe desde mi punto de vista una crítica a esta teoría que en definitiva nos hace desecharla, y la cual es sustentada por el maestro Ramón Sánchez Meda quién establece:⁴³ “no pueden confundirse o identificarse el fideicomiso y el mandato, por estas razones:

1. El mandante no pierde en ningún caso la legitimación o la posibilidad jurídica de realizar él mismo los actos jurídicos que ha encomendado al mandatario, aunque se trate de un mandato irrevocable o se esté en presencia de un mandato general amplísimo.

En cambio, los actos jurídicos que el fiduciario debe realizar en ejecución del fideicomiso y por encargo del fideicomitente, sólo el propio fiduciario y no el fideicomitente está legitimado para llevarlos a cabo por virtud del mismo fideicomiso....

2. En el mandato, el mandatario obra siempre por cuenta del mandante y su actuación es siempre en nombre de este, cuando se trata del mandato representativo, o en nombre propio cuando se trata del mandato sin representación....

En cambio, la actuación del fiduciario nunca es en representación o en nombre del fideicomitente, ni siquiera por cuenta de éste, puesto que la actuación del fiduciario es siempre en nombre propio y por cuenta propia...”

Expuesto lo anterior, podemos desechar esta teoría, como aquella que resuelva el problema de la naturaleza Jurídica del fideicomiso, no sin antes aclarar que las ideas de David R. Alfaro y las exposiciones que propuso, fueron el punto de partida para que otros tratadistas se interesaran en el tema.

[43] Sánchez Meda, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1982. Sexta Edición, Pag. 509.

TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Esta teoría es sustentada principalmente por el autor Itallano Remo Franceshelli, quien pugna por la protección del beneficiario en el Trust Inglés, pero para poder lograr esta protección, se tiene que llevar a cabo el desdoblamiento del derecho de propiedad en dos derechos de propiedad, cuyos titulares son personas diferentes, pero siempre con el mismo objeto. Estos dos sujetos son el fiduciario o el Trustee y el fideicomisario o Cestui que Trust, en donde el primero gozará de lo que se llama señorío legal y el segundo de un señorío equitativo, posteriormente y para tratar de hacer más comprensible su teoría, explica este desdoblamiento de la propiedad en un derecho de propiedad formal exterior para el fiduciario o trustee y un derecho de propiedad sustancial o interno al fideicomisario o cestui que trust. Lo que nosotros conocemos como un derecho de disposición y un derecho de goce, atributos de la propiedad regulados por nuestra legislación.

Esta teoría es síntesis de una división de los derechos de la propiedad en dos partes, en donde cada una de estas dos partes va a ser titular un derecho distinto, uno de los cuales es el fideicomisario, quien tiene la titularidad económica, y el otro, el fiduciario, quien tendrá la titularidad jurídica.

Nosotros no podemos aceptar esta teoría, en virtud de que no podemos tomar como punto de partida la división de un derecho que por sus características es absoluto y por lo mismo la imposibilidad de dos titulares del mismo derecho, no así en el derecho inglés en donde si se puede presentar esta situación, pero como aquí estamos estudiando el fideicomiso y no el Trust, esta teoría, aunque es interesante su planteamiento queda desechada para establecer un punto de partida en el estudio de este tema.

Otros autores han tratado de establecer la Naturaleza Jurídica del fideicomiso basado en las ideas de Lepaulle, quien concibe el fideicomiso como un patrimonio de afectación, de esta manera pasaremos a estudiar los puntos de vista de algunos autores basados en este principio.

Juan Landerreche Obregón, establece que:⁴⁴ "El fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en un sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes."

Este autor parte de la base de que para que exista el fideicomiso lo único que se requiere es la existencia de un órgano que realice el fin que se

(44) Landerreche Obregón, Juan. NATURALEZA DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo IX. Pags. 196 Y 197.

persigue. No podemos aceptar esta posición, ya que lo que nos propone Landerreche es un patrimonio sin titular.

Este autor considera que los elementos de existencia del fideicomiso son dos:

- 1) Un fin lícito que alcanzar.
- 2) La destinación de ciertos bienes a su realización.

A este segundo elemento, le agrega la existencia de una persona que maneje este patrimonio. La afectación de un patrimonio por parte del fideicomitente no transmite la propiedad, y en eso estamos de acuerdo ya que puede el fideicomitente reservarse este derecho, pero este autor establece que al afectar en fideicomiso un patrimonio, existe un desmembramiento de la propiedad, por una parte el derecho de aprovechamiento que es básicamente el fin del fideicomiso, y por la otra, la facultad de ejercitar los derechos y obligaciones referentes a los mismos bienes, el primero de estos derechos corresponde al fideicomisario, quién puede o no existir al momento de la afectación del patrimonio, y el segundo corresponde al fiduciario quién según Landerreche, es la única persona necesaria para crear un fideicomiso.

No podemos aceptar esta situación en nuestro derecho, porque como atinadamente señala Villagordoa,⁴⁵ no es posible que aceptemos la existencia de un nuevo derecho real, que se puede crear a través del fideicomiso en virtud de una desmembración del derecho de propiedad, ya que en un fideicomiso no solo se afectan bienes, sino derechos personales, por lo tanto sería totalmente ilógico concebir la creación de un derecho real sobre un derecho personal.

Más adelante, en su teoría, establece la autonomía del patrimonio del fideicomiso, con lo cual estoy de acuerdo ya que dicho patrimonio se separa del patrimonio del fideicomitente, no quedando sujeto a gravamen alguno que no sea el propio fideicomiso. Pero más adelante en su explicación dice "por razón igualmente de la autonomía del patrimonio del fideicomiso, debe concluirse que las obligaciones contraídas por el fideicomisario en el desempeño de su cargo, solo pueden hacerse efectivas en el patrimonio del fideicomiso sin que por ellas sea responsable el fiduciario". Lo cual siento un poco vago, ya que debió aclarar el autor que sobre la obligación de carácter económico solo responderá el patrimonio del fideicomiso, ya que el fiduciario es responsable de las obligaciones contraídas en el contrato inicial, como lo veremos más adelante.

(45) Villagordoa Lozano, José Manuel. Op. Cit. Pág. 97.

CAPITULO II

TEORIA DE RODOLFO BATIZA

El principal aspecto de la teoría de este autor, es la crítica a las teorías existentes sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso como un negocio fiduciario.

Establece, y a mi modo de ver muy atinadamente, que el fideicomiso no es una especie dentro de los negocios fiduciarios, ya que no coexisten dos contratos como lo sustentan los autores que apoyan esta teoría, es decir, la teoría del negocio fiduciario la explican a través de la existencia de dos elementos uno externo y otro interno, el primero que es exteriorizado por las partes y que es jurídicamente obligatorio y el segundo, el cual es un convenio entre las partes que solo tiene eficacia entre ellos.

Siguiendo este orden de ideas, consideramos que el fideicomiso no puede encuadrarse dentro de un género de figuras atípicas, como Arrechea Alvarez establece:⁴⁶ "El fideicomiso es un negocio nominado, esto es reglamentado, tipificado; el negocio fiduciario no es típico, es un contrato inominado. Las relaciones entre Fiduciante y fiduciario, se rigen por la estricta buena fe, las relaciones entre las partes del fideicomiso están reguladas por la Ley y por el acto constitutivo del negocio. El fideicomiso como negocio, existe independientemente de que haya un contrato con un Fiduciario; es efecto de la manifestación de la voluntad unilateral del fideicomitente. En cambio, la fuente del negocio fiduciario esta en el doble contrato entre Fiduciante y fiduciario".

Pasando a otro aspecto de la teoría de este autor, y en lo relativo a la declaración unilateral de voluntad, Batiza establece que la única base para la cual el fideicomiso se considera como una declaración unilateral de voluntad, es lo establecido en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual a la letra dice: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá constar siempre 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". De esta definición y lo establecido en el artículo 346 de la mencionada Ley, se pueden deducir las bases que el legislador tomó para caracterizar el fideicomiso, mismas con las que Batiza no está de acuerdo y las clasifica como escasas para poder establecer que la Naturaleza Jurídica del fideicomiso se basa en una declaración unilateral de voluntad, asimismo manifiesta que esta no pasa de ser una simple oferta o póllicitación.

Batiza se concreta a basar su teoría en el origen contractual, específicamente en la categoría del contrato bilateral, sinalagmático perfecto, basado en la condición resolutoria tácita según el cual el pacto comisorio se entiende implícito en las obligaciones recíprocas.

(46) Batiza, Rodolfo. Cita a Arrechea Alvarez, Máximino. Op. Cit. Pags. 124 y 125.

CAPITULO II

Mi punto de vista concuerda con el de este autor al establecer que el fideicomiso es un acto contractual, aunque considero que es o un contrato plurilateral bajo una regulación muy especial.

Aquí cabe hacer mención al punto de vista del maestro Ramón Sánchez Medal,⁴⁷ quien establece la teoría de la legitimación, teoría con la que en gran parte estamos de acuerdo, este autor nos da algunas definiciones sobre propiedad y legitimación, esta última como el fundamento de los actos sobre el patrimonio ajeno. Vamos a darnos a la tarea de tratar de entender esta sencilla teoría.

"Para este propósito sirve el concepto de legitimación aplicado a la propiedad y a los contratos y que constituye el fundamento de los actos sobre el patrimonio ajeno.

Propiedad y legitimación son por regla general dos conceptos sobrepuestos que radican en las misma persona, por cuanto que quien tiene la propiedad de un determinado bien, es de ordinario igualmente quien está legitimado para disfrutar y disponer de ese bien.

Con todo, propiedad y legitimación pueden, por excepción disociarse y radicar en distintas personas.

Las anteriores observaciones nos llevan a distinguir claramente los dos conceptos en cuestión, para entender como propiedad la situación jurídica de un bien determinado que pertenece o forma parte de un cierto patrimonio, en tanto que por "legitimación" ha de entenderse la facultad concedida o reconocida a una persona por la ley para disfrutar y disponer de dicho bien."

De lo anterior podemos decir que el fiduciario se encuentra legitimado con facultades y poder sobre los bienes fideicomitidos para realizar las finalidades del fideicomiso.

Otra de las opiniones sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso nos la da el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quién sustenta su teoría basada sobre tres puntos específicos.

- a) Como negocio Jurídico,
- b) Como modalidad del derecho de propiedad, y;
- c) Como operación bancaria.

Como negocio jurídico lo enclava como una variedad de los negocios fiduciarios, en donde como ya se ha establecido en líneas anteriores, existe un aspecto real o externo, y un aspecto interno que restringe la primera operación y que solo tiene efectos entre las partes.

(47) Sánchez Medal, Ramón, Op. Cit. Pags. 513 y 514.

CAPITULO II

Rodríguez y Rodríguez basa su primera acepción del fideicomiso como negocio jurídico, al establecer:⁴⁸ "Es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinará".

En relación con el segundo punto para establecer su teoría acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso, se basa en la existencia de una traslación de dominio en favor del fiduciario, la cual se regirá de acuerdo a las siguientes bases:

- 1) Se ejerce en función de un fin a realizar y no de acuerdo al interés y voluntad del fiduciario.
- 2) El beneficio recae sobre el fideicomisario.
- 3) Se encuentra limitado en cuanto a la disposición que pueda tener sobre el bien.
- 4) Una vez extinguido el fideicomiso, los bienes deben ser devueltos al fideicomitente excepción en donde los fideicomisarios son alguna persona de orden público, instituciones de beneficencia o culturales.

Por último la característica que le da como operación bancaria únicamente atiende a la situación prevista en el artículo 75 Fracción XIV del Código de Comercio, en donde se establece que el fideicomiso es un acto de comercio, realizado por una Institución Bancaria.

Así podríamos explicar una serie de teorías y puntos de vista de diferentes autores, así como las críticas y comentarios que ellos mismos realizan pero considero que las principales teorías ya han sido expresadas en este trabajo. Luego entonces pasaremos a establecer el punto de vista muy personal acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Generalmente y en la mayoría de los casos el fideicomiso se constituye a través de una oferta hecha al fiduciario, ya que existe la posibilidad de constituirse a través de una orden de tipo judicial, pensemos en una pensión alimenticia, pero como muchos autores lo señalan, considero que en el fideicomiso se pueden distinguir dos etapas, primero la de su constitución y posteriormente la de su ejecución, dos etapas que no pueden ir separadas, no las debemos considerar como dos puntos distintos en el tiempo, sino como dos partes en las que se realizará el fideicomiso para que surta sus efectos, en la primera parte, existe una declaración del fideicomitente la cual es una oferta dirigida al fiduciario, misma que si es

(48) Villagorda Lozano, José Manuel. Cita a Joaquín Rodríguez Rodríguez. Op. Cit. Pag. 111.

aceptada, ambas partes quedan obligadas. En una segunda etapa se obligan el fideicomitente y fiduciario con el fideicomisario, quién puede o no existir, y esta segunda etapa se concluye con la celebración de un contrato que regirá las bases de la relación plurilateral, por lo cual podemos afirmar que la Naturaleza Jurídica del fideicomiso es un contrato. Mismo contrato que firman fiduciario y fideicomitente, en donde no comparece el fideicomisario, pero que a la vez este contrato tiene como fin beneficiar al fideicomisario, quién puede o no existir al momento de la constitución o bien ser el propio fideicomitente. En este contrato no existe una transmisión de la propiedad por parte del fideicomitente al fiduciario, sino que únicamente queda investido de legitimación para actuar sobre un patrimonio ajeno.

Como podemos apreciar es un poco complicado este tipo de contrato, pero esta situación es debido a la amplitud del fideicomiso y a la ambigüedad de la propia Ley, esto hace más difícil determinar cual es el marco jurídico sobre el cual se basa y surge esta figura, sin embargo yo sigo en la convincente idea que he expuesto en líneas anteriores.

De lo anterior podemos establecer una definición del fideicomiso, para posteriormente pasar a estudiar los tipos de fideicomiso, según la clasificación más común que conocemos.

Es el acto por medio del cual una determinada persona denominada fideicomitente, emite de legitimación a una institución que recibe el nombre de fiduciario, para que esta realice los fines y de cumplimiento a una serie de disposiciones previamente pactadas por ambas partes sobre los bienes y derechos propiedad del fideicomitente en beneficio de otra persona denominada fideicomisario, quién puede ser el propio fideicomitente o una tercera persona.

2.6. EL FIDEICOMISO DE INVERSION

Consiste en la afectación a un fideicomiso de una determinada cantidad de dinero que entrega el fideicomitente al fiduciario para que éste lo invierta en títulos, valores, o bien realice operaciones con el dinero para obtener mayor beneficio por el manejo del mismo, garantizando un mínimo de ganancia para el beneficiario, que en la mayor parte de los casos es el propio fideicomitente, lógicamente en el fideicomiso testamentario los beneficiarios serán los herederos.

La mayoría de los autores nos hablan del fideicomiso de inversión como aquel en donde el fideicomitente afecta una suma de dinero en fideicomiso con el fin de que posteriormente el fiduciario lo preste a terceras personas, quienes tendrán que pagar en un plazo determinado con cierto interés y condiciones, garantizando obviamente dicho préstamo.

Para concluir podemos decir que también se puede afectar en un fideicomiso de inversión ciertos bienes, derechos o acciones a fin de que el fiduciario obtenga una ganancia en favor del fideicomisario o fideicomitente, ya sea por su comercialización o por su inversión.

2.7. EL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION

Este tipo de fideicomiso se parece al fideicomiso de inversión. Jullón Bernal Molina, inclusive lo estudia en forma conjunta y los diferencia del fideicomiso traslativo de dominio⁴⁹, haciendo referencia que se trata de fideicomisos completamente opuestos en sus fines ya que en el fideicomiso de administración no se transmite la titularidad del bien al fideicomisario, sino que el fiduciario únicamente tendrá los bienes y derechos para su guarda y custodia con el fin de aprovechar los frutos, asegurándose que los recibirá el fideicomisario designado.

Este tipo de fideicomisos son los que justamente se manejan en los llamados fideicomisos en Zona Prohibida con el fin de que extranjeros adquieran el uso, goce y disfrute de los bienes con las limitaciones que tienen, (uso comercial o turístico).

Es tan amplio el fideicomiso que se puede constituir para que la Fiduciaria se encargue del cobro de rentas, pago de impuestos que afectan al bien o combinado con el fideicomiso de inversión, destinarlo a fines educacionales de desarrollos inmobiliarios, asistenciales, etc...

Rodolfo Batiza únicamente habla sobre la transferencia de bienes inmuebles lo cual es un poco dudoso y que con la exposición que hace Villagoráoa Lozano, queda aclarado este aspecto⁵⁰. Por principio nos habla de una transferencia de bienes o derechos para que el fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda y conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitidos que le señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario.

Atinadamente este autor hace una separación de dos actividades fundamentales en este tipo de fideicomisos.

- a) La actividad de inversión.
- b) La actividad de administración.

Lo cual concuerda con lo que hablamos en el principio de este inciso sobre el parecido entre el fideicomiso de inversión y el fideicomiso de Administración.

(49) Bernal Molina, Jullón. PRACTICA Y TEORIA JURIDICA DEL FIDEICOMISO. Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa S.A., México D.F. 1988. Primera Edición. Pag. 68.

(50) Villagoráoa Lozano, José Manuel. Op. Cit. Pag. 195.

La actividad de Inversión según Villagordoa, consiste en que el fiduciario adquiera con cargo al patrimonio Fideicomitado, los bienes que le señale el fideicomitente, aquí el fiduciario siguiendo las instrucciones del fideicomitente en el acto constitutivo deberá invertir con cargo al patrimonio fideicomitado los bienes que producen un rendimiento, como lo son acciones y obligaciones de las sociedades, cédulas hipotecarias, valores de renta fija, o bien como ya lo habíamos mencionado préstamos a empresas o personas físicas.

La otra actividad, a la que le ha llamado de Administración consiste en la guarda y conservación de los bienes afectados en fideicomiso, el cobro de los productos y la entrega de los mismos al beneficiario, es decir, la administración que haría un buen padre de familia.

En todos los fideicomisos se puede crear un comité técnico pero en este en especial, se recomienda su intervención, para de ésta forma resolver sobre las inversiones que pretenda realizar el fiduciario.

Estos fideicomisos son convenientes como lo señala Villagordoa para que protejan determinados patrimonios cuando su titular es una persona que sufre cualquier tipo de incapacidad no solo de carácter legal, sino por su inexperiencia en los negocios puede exponerlo y perderlo o sufrir menoscabo en el mismo. Es está una de las razones que me han inclinado a elaborar este trabajo, ya que otorga una seguridad jurídica a los bienes que de un día a otro se adquieren vía testamento.

2.8. EL FIDEICOMISO DE GARANTIA

Debemos tener en claro que éste tipo de fideicomiso y debido al fin que persigue es un contrato accesorio, ya que se lleva a cabo por razón de uno principal que le da origen. Este contrato principal se lleva a cabo entre el fideicomitente deudor y el fideicomisario Acreedor. El fideicomiso consiste básicamente en la transmisión por parte del fideicomitente deudor al fiduciario de ciertos bienes o derechos, para de esta forma garantizar el cumplimiento de una obligación previamente asumida entre el fideicomitente deudor y el fideicomisario Acreedor.

Este fideicomiso ha sustituido en una gran proporción a los contratos de prenda e hipoteca, esto a virtud de la eficacia y los buenos resultados que recibe el fideicomisario acreedor con esta forma de garantizar.

En el contrato que se realiza en este fideicomiso se pactan las disposiciones relativas a plazo de vencimiento, pago de intereses moratorios, causas de rescisión, el trámite a seguir para la venta si la obligación no se cumple, etc...

CAPITULO II

Sobre este último punto muchos autores han atacado la validez de estos fideicomisos comparándolos con un pacto comisorio, ya que establecen que existe una transmisión directa de los bienes o derechos al fideicomisario, lo cual no opera, en virtud de que en el clausulado del contrato se establece el procedimiento para llevar a cabo la ejecución de fideicomiso en base a lo preceptuado en el artículo 341 de la LGTOC, en donde se faculta al acreedor fideicomisario para pedirle al Juez la venta de los bienes o derechos dados en prenda cuando se termine la obligación asumida.

Este procedimiento de ejecución se criticó debido a que era el que se aplicaba en la venta de bienes inmuebles sobre los que existe un derecho real, arguyendo que en estos fideicomisos donde se transan tantos bienes inmuebles con el único fin de garantizar, no existía un derecho real.

Sin importar esta crítica se ha seguido con este procedimiento ejercitando el fiduciario las facultades de dominio para hacer efectiva la garantía. Situación por la cual ha tenido gran aceptación este fideicomiso.

A falta de disposición expresa sobre el procedimiento a que se someterá en caso de incumplimiento, se aplicará lo establecido en el artículo 1051 del Código de Comercio.

Artículo 1051. El procedimiento Mercantil preferente a todo es el convencional, a falta de convenio expreso de las partes interesadas se observarían las disposiciones de este libro y en defecto de estas o de convenio, la Ley de Procedimientos Local respectiva.

Como señala Villagordo Lozano,⁵¹ el fundamento legal antes invocado apoya el procedimiento convencional que pacta el fiduciario en estos tipos de fideicomisos. Este procedimiento sigue una serie de circunstancias que se tienen que ver y que a continuación hacemos mención.

- a) Para que el fiduciario pueda proceder a la venta del Patrimonio fideicomitado, es necesario que exista solicitud previa del fideicomisario acreedor y que se compruebe el incumplimiento de la obligación primordial garantizada con la exhibición de los documentos que acreditan la existencia de la obligación.
- b) Que el fiduciario proceda a requerir del deudor el pago de las prestaciones adeudadas, fijándole un plazo razonable para que dicho deudor cumpla con sus obligaciones, ya que en caso contrario, el fiduciario procederá a la venta del inmueble dado en garantía.
- c) Que se le fije en el acto constitutivo del fideicomiso el precio al que se debe realizar la garantía y en su defecto, que se establezcan las bases para fijar ese precio.

(51) Villagordo Lozano, José Manuel. Ob. Cit. Pág. 191

- d) Que se determine el procedimiento que deba seguir el fiduciario para la venta de la garantía.
- e) Que se establezca que el deudor tendrá derecho al tanto, y que podrá ejercerlo en su propio beneficio o en provecho de la persona que señale, y que en todo caso será preferido en igualdad de condiciones, a cualquier tercero que desee adquirir los bienes o derechos fideicomitidos.

Este procedimiento no tiene más que a evitar entre otras cosas que a través del fideicomiso se hagan efectivos los pactos comisorios en los que sin previo procedimiento, el acreedor fiduciario adquiere los bienes o derechos en calidad de pago.

A continuación haremos un análisis de los derechos y obligaciones de los elementos personales que intervienen en el fideicomiso.

2.9. DERECHOS Y OBLIGACIONES

A) EL FIDEICOMITENTE

Debemos entender como fideicomitente a la persona, sea física o moral, y a las autoridades judiciales o administrativas que disponen de ciertos bienes o derechos, para afectarlos en fideicomiso, esta persona o autoridad, debe cumplir con ciertos requisitos, como lo es el que sea capaz y el que tenga facultad de disposición sobre los bienes o derechos, con lo cual podemos hablar que podrán ser fideicomitentes los dueños de esos bienes o derechos, o las personas que expresamente estén autorizadas para poder disponer de determinada cosa (por mandato). Pensemos aquí en los fideicomisos públicos, donde el dueño de los bienes es el Estado, ya que no es el quien comparece sino un representante, o en otro caso sin ser dueños comparecen como fideicomitentes los albaceas.

Luis Muñoz establece:⁵² "el fideicomitente es la parte negocial que mediante declaración unilateral de contenido Volitivo que no es negocio autónomo, sino fracción de negocio, presta su asentimiento a las cláusulas generales y condiciones Juris del fideicomiso, constituyendo un patrimonio separado en propiedad fiduciaria".

El artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece "Solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación,

(20) Muñoz, Luis. EL FIDEICOMISO MEXICANO. Editor y Distribuidor Cárdenas. México 1973. Segunda Edición, Pág. 441.

CAPITULO II

administración, liquidación, reparto o enajenación, corresponda a dichas autoridades, o a las personas que estas designen.

Batiza crítica está definición al establecer que la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto no son facultades jurídicas suficientes para poder constituir un fideicomiso, ya que para su constitución se considera indispensable la transmisión de bienes a favor del fiduciario.

Lo que este autor pretende explicar es que las facultades antes enumeradas no dan un derecho de disposición sobre los bienes.

A su vez, el fideicomitente dentro del fideicomiso es un elemento personal que goza de ciertos derechos, mismos que a continuación estudiaremos.

Como aspecto general diremos que el fideicomitente tendrá los derechos que así se reserve dentro del fideicomiso, el artículo 351 de la LGTOC establece, "Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia solo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo lo que expresamente se reserve el fideicomitente".

Otro de los derechos que tiene el fideicomitente es la designación de varios fideicomisarios, siempre y cuando estén vivos a la muerte del fideicomitente, es decir, pueden ser varios fideicomisarios en forma simultánea donde no existiría problema y también los puede instituir en forma sucesiva como lo establece la Fracción II del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es decir, sucesivamente a varias personas por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que no estén vivas o concebidas al momento de la muerte del fideicomitente, en cuyo caso queda prohibido el fideicomiso.

Así mismo el fideicomitente puede designar varios fiduciarios para que simultánea o sucesivamente desempeñen el cargo, estableciendo el orden y las condiciones en que se deban hacer las sustituciones, pero no debe ir en contra de lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso. En caso de renuncia o si no aceptare el desempeño del cargo operará la sustitución, sino se da esta cesará el fideicomiso.

También tiene el derecho de modificar el acto constitutivo. En caso de que se modifiquen las finalidades, se tiene que tener en cuenta y considerar los derechos del fideicomisario y los derechos de terceros.

El fideicomitente tiene el derecho de supervisar el fideicomiso, si se estableció como facultad expresa dentro del contrato, si no, se entiende como hecho al tener el derecho de requerir al fiduciario la rendición de cuentas, el de exigir su responsabilidad y en su caso la remoción.

CAPITULO II

El fideicomitente también tiene derecho a pedirle al fiduciario la rendición de cuentas del fideicomiso, exigirle las responsabilidades en que el fiduciario pudiere haber incurrido por ciertos manejos y también tiene el derecho a remover de su cargo al fiduciario, esto en virtud de que no rinda cuentas del fideicomiso en un plazo de 15 días, o bien cuando por sentencia ejecutoriada sea declarado culpable de las pérdidas o el menoscabo que sufran los bienes fideicomitados.

La facultad del fideicomitente de pedir rendimiento de cuentas puede estipularse en el acto constitutivo.

Ahora bien, veremos dos de los derechos más importantes que tiene el fideicomitente sobre los bienes, que no quiero decir con esto que los antes mencionados carezcan de importancia.

La transmisión de los derechos por parte del fideicomitente a sus herederos o bien por cesión, se ha discutido mucho, al efecto Luis Muñoz establece:⁵³ "Todos aquellos derechos del fideicomitente que no se extingan por su muerte pasan a sus herederos", este autor basa su idea en lo establecido por el Artículo 1281 del Código Civil que a la letra dice "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte".

Estoy de acuerdo con lo que establece el autor, pero siempre y cuando la transmisión de los derechos se limite a la no modificación del fideicomiso, en aspectos que perjudiquen al fideicomisario o a terceros.

Respecto al derecho de reversión de los bienes a favor del fideicomitente o de sus herederos en caso de extinción del fideicomiso, hay quienes consideran que no existe ese derecho de reversión situación con la cual no estoy de acuerdo, ya que estamos hablando de un fideicomiso que ya se terminó, y que los bienes o derechos que subsistan tendrán que ser entregados a alguien que tenga derecho a ellos.

Otro de los derechos del fideicomitente al cual le he otorgado gran importancia, es el derecho de revocar el fideicomiso, ya que basado en la idea que manejamos en el capítulo referente a la Naturaleza Jurídica del fideicomiso, hemos dicho que se trata de un contrato, así entonces, el fideicomitente en el contrato constitutivo podrá reservarse el derecho de revocar el contrato, sin imponer ninguna condición. Con esto considero al fideicomiso como un instrumento que por esta característica se ajuste a las necesidades cambiantes de quien lo crea.

Otros derechos del fideicomitente lo son el separar los bienes afectados en fideicomiso de los bienes de la quiebra. Por último el derecho que se reserva de poder dar por terminado el fideicomiso por convenio expreso entre fideicomitente y fiduciario.

(53) Muñoz, Luis. Op. Cit. Pag. 450.

CAPITULO II

Una vez que hemos visto los derechos que tiene el fideicomitente, pasaremos a explicar en forma breve las obligaciones a que está sujeto, que básicamente son dos.

- 1) El pago de gastos y honorarios al fiduciario.
- 2) El saneamiento para el caso de evicción.

Con lo que respecta al pago de gastos y honorarios al fiduciario no cabe duda sobre este derecho que tiene el fiduciario, estos gastos y honorarios los fijará el propio fiduciario en el acto constitutivo del negocio, sobre el particular se aplica onólogamente el artículo 2577 del Código Civil al establecer: "El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato..."

El otro de los deberes del fideicomitente como consecuencia de la transmisión que opera en el fideicomiso sobre los bienes, es el de responder del saneamiento en caso de evicción.

B) EL FIDUCIARIO

El fiduciario es la persona sobre quien recae la obligación de llevar a cabo los fines del fideicomiso. El cumplimiento del fideicomiso lo realiza en razón de la facultad que le otorga el fideicomitente al momento de contratar en el acto constitutivo. En México, a diferencia de otros sistemas, el fiduciario forzosamente tiene que ser una Sociedad Nacional de Crédito, representada para todos los actos en donde intervenga, por una persona física a quien se ha facultado previamente para desempeñar el cargo y al cual se le conoce como Delegado fiduciario.

Como el fideicomitente, el fiduciario también tiene ciertos derechos y obligaciones tanto con el fideicomisario como con el fideicomitente, así podríamos decir que los derechos del fideicomitente son obligaciones del fiduciario y viceversa, pero nos llevaría gran parte de este trabajo tratar de explicar cada una de las obligaciones y derechos que tiene el fiduciario, tanto con el fideicomitente como con el fideicomisario, esto es en virtud de que estos derechos y obligaciones se deben y tienen que precisar en forma casuística, ya que la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que integran en cada caso el patrimonio fideicomitido deben tener un tratamiento especial, lo mismo opera con los fines perseguidos en cada fideicomiso, ya que no son los mismos fines perseguidos en un fideicomiso de administración que en un fideicomiso de garantía, o bien en un fideicomiso testamentario, por lo cual estudiaremos las obligaciones del fiduciario en base a la clasificación que todos conocemos como lo son las obligaciones de dar, hacer y no hacer.

CAPITULO II

En lo que se refiere a las obligaciones de dar podemos establecer que básicamente se refiere a cubrir al fideicomisario las cuotas que le correspondan o bien, a cubrir sus gastos, es decir, cubrir los beneficios del fideicomiso dándole cumplimiento.

En lo relativo a las obligaciones de no hacer, tenemos que el fiduciario no podrá realizar acto alguno que contravenga las disposiciones del fideicomiso, así como no excederse en sus facultades y no hacer mal uso de los bienes y derechos transmitidos por el fideicomitente.

Las obligaciones de hacer se refieren primeramente a lo estipulado en el contrato y a cumplir con los fines del fideicomiso.

Aunque en forma general no es difícil determinar las obligaciones del fiduciario, existen autores que prefieren especificar las obligaciones, no considero que sea lo correcto por las razones ya expuestas pero de manera enunciativa estableceremos algunos de las que a mi juicio considero de mayor importancia.

Tiene que llevar el control y conservación de los bienes, separación del patrimonio fideicomitado por cada fideicomiso e identificación del mismo, pago de intereses e impuestos, ajustarse a las instrucciones del fideicomitente, llevar y rendir cuentas, no delegar las facultades, información constante y tener siempre con el beneficiario lealtad e imparcialidad.

Con relación a los derechos del fiduciario, podríamos establecer que tiene la facultad de exigir los gastos y honorarios generados por las actividades que crea el fideicomiso, así mismo tiene derecho con excusa grave de renunciar a la aceptación del cargo.

El fiduciario tiene ciertos derechos y facultades de dominio sobre los bienes afectos al fideicomiso, pero se encuentran restringidas y condicionadas a la realización del fin perseguido en el fideicomiso, puede arrendar, llevar a cabo mejoras y reparaciones en los bienes, emplear personal para el cumplimiento de los fines, y llevar a cabo gestiones de pleitos y cobranzas.

Es así como de una forma simple hemos visto lo concerniente al fiduciario, ahora pasaremos a estudiar los derechos y obligaciones del fideicomisario

C) EL FIDEICOMISARIO

También conocido como beneficiario, es la persona que goza de los beneficios del fideicomiso, el fideicomisario como parte siempre debe existir dentro de un fideicomiso, pero como compareciente, existe la posibilidad que exista o no en la constitución del fideicomiso, o bien este puede ser indeterminado.

CAPITULO II

La obligación principal del fideicomisario es cubrir los gastos y honorarios del fiduciario, obligación que muchos autores consideran subsidiaria, a lo cual podemos agregar que será subsidiaria la obligación, tratándose de fideicomisos constituidos intervivos, no así en el caso del fideicomiso testamentario.

Por otra parte el campo de los derechos del fideicomisario, es más amplio con lo que respecta a sus obligaciones, el más importante de sus derechos y esencial en el fideicomiso es el poder exigir el cumplimiento del fideicomiso, esta facultad será exigible en contra del fiduciario, quién es el encargado de dar cumplimiento al fideicomiso.

Otra de las facultades que tiene el fideicomisario, es la de promover las diligencias judiciales necesarias para proteger los bienes cuando estos estuvieren en peligro de perderse o sufrir un menoscabo. El artículo 355 de la LGTOC, señala "... el destacar la validez de los actos que este cometa en su perjuicio..." Luego entonces se dice que también tiene facultad de anular los actos del fiduciario cuando este actúe de mala fe o en exceso de las facultades que le otorga el acto constitutivo.

Otro de los derechos es el de defender el patrimonio y reivindicar los bienes para que estos se reintegren al patrimonio del fideicomiso, esta facultad también se le otorga cuando el fiduciario haya actuado en exceso de sus facultades. Sobre el particular se dice que el fideicomisario tiene una acción reivindicatoria sobre los bienes, situación que no podemos asimilar, ya que esta acción conforme a nuestro sistema, solo la pueden ejercitar los propietarios de la cosa, y el fideicomisario no tiene esa característica, por eso, se habla de que tiene facultad de restituir la cosa al patrimonio del fideicomiso, situación que no va en contra de las Leyes aplicables al efecto.

El fideicomisario podrá pedir al fiduciario la rendición de cuentas, si este no lo hiciera dentro de un término de 15 días, podrá el fideicomisario exigir su responsabilidad y pedir la remoción del fiduciario, lo mismo sucederá cuando por sentencia ejecutoria, sea declarado culpable de la pérdida o del menoscabo del patrimonio.

El fideicomisario también tiene la facultad de terminar anticipadamente, nulificar o revocar el fideicomiso, si así se establece en el contrato.

Así mismo la Ley no reconoce el derecho que tiene el fideicomisario de renunciar al beneficio del fideicomiso, situación que es sin lugar a dudas un derecho del cual goza, en virtud de la libertad que tienen las partes.

La cesión de los derechos del fideicomisario, se registrará en base a si se ha permitido llevarlo a cabo o no en el acto constitutivo, o bien lo permita la Ley o la propia naturaleza del derecho, esto es, si se trata de obligaciones

personales. Por regla general se entenderá a los derechos y obligaciones que se pacten en el propio contrato, pero podrá hacer valer las que se han mencionado con anterioridad, por último y como ya lo hemos visto anteriormente, pueden ser varios los fideicomisarios designados, ya sea simultánea o sucesivamente, en este último caso se deberá tener cuidado en lo previsto por el artículo 359 Fracción II.

2.10. FORMAS DE TERMINACION

En esta parte del trabajo no se pretende únicamente enumerar las causas de extinción del fideicomiso y remitirnos al artículo 357 de la LGTOC. Sino que pretendo establecer las posibles consecuencias de la terminación del mismo.

Siguiendo este orden de ideas, empezaremos con el derecho de reversión de los bienes que establece el artículo 358 de la citada Ley en favor del fideicomitente o sus herederos, ahora si en el fideicomiso se dispuso otra cosa como podría ser la transmisión al fideicomisario se tendrá que llevar a cabo, o bien el propio fideicomitente puede reservarse la facultad de designar a quién deben transmitirse los bienes al momento de la terminación. Lo único que no puede suceder es que el fiduciario se quede con los bienes.

En los casos de extinción de fideicomisos cuando existan bienes inmuebles, se tendrá que hacer la anotación correspondiente en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Cuando con motivo de la terminación se tengan que transmitir bienes inmuebles, se tendrán que pagar los impuestos correspondientes al Traslado de Dominio, y si fuere el caso el Impuesto sobre la Renta.

Si ocurre la pérdida de los bienes, terminaría el fideicomiso, comparándolo con la causal que establece la imposibilidad del fideicomiso, pero existen acciones de tipo penal en contra del fiduciario por la pérdida de la cosa.

Otra de las causas y que ya vimos en el inciso relativo al fideicomisario es cuando este renuncia al beneficio del fideicomiso.

Ahora sí, en forma enunciativa veremos las causas de terminación que establece el artículo 357 de la LGTOC.

- a) Por la realización del fin para el cual fue constituido.
- b) Por hacerse éste imposible.
- c) 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.

CAPITULO II

Sobre el particular Julián Bernal Molina establece⁵⁴ : "Es interesante la observación de que el fideicomiso puede ser mayor a treinta años, si el fideicomisario es persona física, pues la limitación o la extinción del plazo de treinta años se refiere a personas morales o jurídicas que sean o no de orden público o instituciones de beneficencia". Lo anterior lo afirma este autor basado en una rigurosa interpretación de la fracción tercera del artículo 359 de la LGTOC.

- d) Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.
- e) Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.
- f) Por revocación hecha por el fideicomitente cuando este se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.

Como lo dijimos anteriormente esta enumeración es enunciativa, más no limitativa, ya que las partes pueden establecer sus propias causas de terminación, o bien por determinados actos de las partes se puede dar por concluido el contrato.

(54) Bernal Molina, Julián. Op. Cit. Pag. 94.

CAPITULO III
EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO
CON CLAUSULA FIDUCIARIA

Ya vimos en el primer capítulo de este trabajo lo que es el testamento público abierto, luego entonces, dentro del clausulado del testamento, el autor del mismo, podrá sujetar la repartición de los bienes, así como el cumplimiento de ciertas obligaciones y derechos a un fideicomiso, en este caso estaremos hablando de un testamento con cláusula fiduciaria.

Este tipo de testamento da lugar a la unión de dos figuras jurídicas de gran importancia como lo son el testamento y el fideicomiso, estudiadas bajo patrones distintos, ya que el fideicomiso es considerado como un contrato y el testamento como una declaración unilateral de voluntad, lo cual nos da la pauta para establecer la naturaleza jurídica del fideicomiso testamentario.

3.1 OPERATIVIDAD DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Este inciso del trabajo lo dividiremos en 2 partes para que su estudio sea más comprensible. Tenemos que partir de la base que el testamento con cláusula fiduciaria, también conocido como fideicomiso testamentario y como fideicomiso de planeación patrimonial puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, es aquí donde haremos la división de esta parte del trabajo.

Cabe hacer la aclaración que no estudiaremos al fideicomiso testamentario desde el enfoque que se le ha querido dar como negocio bancario. Convencido de la importancia y grandeza de nuestro derecho civil partire de la base de que la figura que sirve de sustento es el testamento.

Primeramente explicaremos en que consiste y como opera el fideicomiso testamentario constituido entre vivos.

Previamente a la realización del testamento, el testador, quién también tendrá el carácter de fideicomitente, acudirá a una institución fiduciaria debidamente autorizada a fin de celebrar un contrato de fideicomiso en donde hará conocer al promotor fiduciario de los bienes que tiene y que pretende afectar en fideicomiso, así como los derechos, acciones y todo lo que sea susceptible de valorizarse económicamente. También dará a conocer las intenciones que tiene, y como desea se distribuyan los bienes.

El promotor fiduciario quién será el encargado de estudiar el negocio y realizar el contrato, dejará ver la mejor opción al fideicomitente con el fin de llevar a cabo la firma del contrato de fideicomiso.

Generalmente y por mayor comodidad se manejan los fideicomisos de inversión, mismos que no tienen mayor problema, ya que el fideicomitente destina en estos cierta cantidad de dinero o acciones para que el fiduciario los invierta en alguna de las diferentes inversiones que no sean riesgosas y que produzcan un interés atractivo, quedando como benefi-

CAPITULO III

ciarío el propio fideicomitente y como fideicomisarios sustitutos los herederos designados en el testamento, el fiduciario se encargará de distribuir estas cantidades de acuerdo a los eventos que señale el fideicomitente en el contrato.

Posteriormente el fidelcomitente-testador acudirá ante el Notario con el fin de elaborar el testamento público abierto, y en ese momento le hará saber al Notario que ha afectado ciertos bienes, o la totalidad de bienes y derechos en un fideicomiso lo cual hará plasmar el Notario en el testamento, de esta forma quedará elaborado un testamento público abierto con cláusula fiduciaria, mismo que una vez firmado por el testador y los 3 testigos tendrá plena validez. El testador fidelcomitente tendrá que llevar a la Institución fiduciaria una copia del testamento, en donde lo conservarán como el acto que si bien no da origen al fideicomiso, si es considerado desde mi punto de vista como el acto principal de esta dualidad de actos jurídicos.

A partir de este momento queda asegurada la sucesión testamentaria con ejecución de las disposiciones testamentarias a cargo del fiduciario, quién tendrá una estrecha comunicación con los fideicomisarios en segundo lugar quienes son herederos en el testamento, para que al momento de la muerte del testador las disposiciones testamentarias se cumplan en su beneficio.

Las Instituciones fiduciarias como una operación cotidiana revisarán las esquelas que se publican en los periódicos diariamente para ver si alguno de los fideicomitentes que ha otorgado este tipo de fidelcomiso ha muerto y así empezar a cumplir con sus últimas disposiciones.

El promotor fiduciario será el encargado de hacer cumplir las disposiciones testamentarias, mismas que pueden ser en corto, mediano o largo plazo, para tal efecto en las instituciones fiduciarias en base a un programa de computación al cual le denominan agenda de eventos, el promotor fiduciario vaciará toda la información, condiciones, fechas y eventos a realizar en el futuro, mismas que se han estipulado previamente en el contrato de fidelcomiso, con este sistema día con día se emitirá un listado de los eventos que se tienen que realizar ya sea ese día, o próximos a realizarse, para que el personal de la Institución fiduciaria se prepare y de cumplimiento a las disposiciones del contrato, por ejemplo emitir cheques, vender acciones, cobrar rentas, hacer depósitos, pagar colegiaturas, poner en venta o arrendar bienes inmuebles, etc..., tan amplio como la imaginación del testador.

La institución fiduciaria cobrará por estos servicios de estudio y aceptación del negocio una cuota fija al inicio, misma que variará de acuerdo a la complejidad del negocio.

CAPITULO III

Se ha criticado mucho este tipo de fideicomisos porque se dice que al establecer en el fideicomiso ciertas disposiciones que se cumplan para después de la muerte se está evitando y sustituyendo la realización de testamento, lo cual considero que no es cierto, ya que los beneficiarios del fideicomiso son fideicomisarios más no herederos o legatarios y la única forma de transmitir los bienes y derechos para después de la muerte que nuestra legislación reconoce es mediante la sucesión testamentaria o legítima.

Sobre el particular, Julián Bernal Molina señala⁵⁵ "La doctrina más autorizada considera que esta manera de disposición sería testamentaria y podría ser nula por no tener las formalidades que dispone el Código civil (artículos 1500, 1511 al 1520, 1565 al 1578, 1579 al 1582, 1583 al 1592 y 1593 al 1598). Serían también aplicables los artículos 1281 y 1282 y 1295 del mismo Código Civil. Cabría la posibilidad de que un heredero objetara esta disposición invocando su nulidad por falta de forma. De aquí que sería necesario se otorgará un testamento para que el fideicomitente testador resolviera la situación de bienes para después de su muerte. El testamento es un acto unilateral, no puede resultar de un contrato entre fideicomitente y fideicomisario; es un acto personalísimo y solemne."

La naturaleza jurídica de los actos, es un buen argumento para establecer la imposible forma de suceder a través de un fideicomiso simple, sobre todo en el caso de los bienes inmuebles.

La otra forma de otorgar este tipo de fideicomiso es a través de la sucesión del testador, es decir, en este caso a diferencia del anterior, el testador ya falleció y el albacea de la sucesión en nombre de esta, comparecerá a una institución fiduciaria a celebrar el contrato de fideicomiso de acuerdo a la última voluntad del testador, ya que previamente el testador ha otorgado testamento, haciendo mención en el clausulado del mismo que es su voluntad que determinados bienes o todos sus bienes y derechos se afecten en fideicomiso designando como beneficiarios a determinadas personas, en este caso si el testador no realiza el testamento asesorado por alguna persona que conozca los alcances del fideicomiso, se puede incurrir en un grave problema, ya que o bien se limita a la institución fiduciaria para la celebración del contrato de fideicomiso perjudicando a los herederos, o bien se puede establecer la constitución de un fideicomiso en una forma muy general, lo cual impedirá saber al albacea que es lo que el testador realmente quería, de estas 2 hipótesis lo más grave es que se limite la actuación del fiduciario, ya que el fiduciario si considera que el fideicomiso sería inútil o bien no fuere negocio para él, se rehusará a otorgarlo y en este caso estaremos ante el problema de como distribuir los bienes del difunto, aplicando supletoriamente las Leyes de derecho común, quedando como herederos

(55) Bernal Molina, Julián. Op. Cit. Pag. 76

por partes iguales todos los designados, pero se tendría que acudir al juez para que decidiera en este sentido lo cual traería contratiempos y problemas de carácter económico que es lo que se trata de evitar con el otorgamiento de un testamento.

En el segundo supuesto, si no se elabora claramente el testamento y al contrario, se establece en forma general la afectación en fideicomiso de los bienes y derechos, el albacea puede manejar la situación, perjudicando a los herederos o bien los puede beneficiar, pero si lo que se trata es de otorgar un testamento que garantice la seguridad jurídica y material sobre los bienes y que los herederos gozen del beneficio, debe otorgarse claramente y con la perfecta asesoría de alguna persona que conozca de la materia, por eso pienso que el testamento público abierto es el más adecuado.

Para evitar el problema del mal desempeño del albaceazgo, el testador puede designar albacea a una institución fiduciaria, quién se encargará de celebrar el fideicomiso y repartir los bienes de acuerdo a las disposiciones del testador. El fideicomiso durará el tiempo que establezca el testador, según las condiciones que se hubieren establecido, tiempo durante el cual el fiduciario se encargará de su vigilancia, control y administración.

La forma de operar de un fideicomiso constituido por la sucesión del *De Cuius*, operará en la misma forma que el constituido por el propio testador, el cual he explicado con anterioridad.

3.2 LA RELACION FIDUCIARIA

La relación fiduciaria se puede dar de diferentes formas en éste tipo de fideicomiso, aunque siempre serán 3 las partes que intervengan en el fideicomiso, podemos decir que si el fideicomiso es constituido Intervivos será fideicomitente el propio testador, fiduciario la institución, y fideicomisarios el propio Testador y en segundo lugar los herederos, pero cabe hacer la aclaración que de las condiciones contractuales dependerá la relación fiduciaria, ya que puede ser bilateral o plurilateral en caso de que exista o no fideicomisario.

Las partes integrantes de la relación como ya ha quedado dicho son tres, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, la afirmación de que a falta de una de las partes no pueda haber fideicomiso no es válida en nuestro sistema jurídico; por otra parte no existe objeción en la Ley para que exista más de un fideicomitente, esto se puede dar en el caso de la copropiedad, también puede confundirse en la misma persona las calidades de fideicomitente y fideicomisario, o bien, no existir el fideicomisario, pero siempre debe haber fideicomitente y fiduciario, ya que este último es el medio para realizar los fines del fideicomiso.

En cuanto al número de fideicomisarios que pueden existir en un fideicomiso, la Ley dispone que el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente (art. 348 LGSM).

En cuanto al objeto del fideicomiso tiene que ser un bien ya que no se puede concebir el cumplimiento de determinados fines si no se lleva a cabo sobre alguna cosa que sea de utilidad al hombre, entendiendo por bienes, los muebles y los inmuebles, los corpóreos y los incorpóreos y los presentes y futuros como bien lo señala Rodolfo Batiza.⁵⁶ "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos salvo aquellos que conforme a la Ley son estrictamente personales de su titular." Pero esto lo veremos más adelante en este mismo capítulo.

Aquí hay que distinguir entre objeto y fin, el objeto ya lo hemos visto, el fin del fideicomiso que se persigue una vez que se da la relación fiduciaria puede ser tan variado como el fideicomitente lo quiera, sobre este particular la Ley no limita, únicamente establece que no debe ser contrario al orden público a la propia Ley y tener un fin lícito. Partiendo de estas generalidades podemos decir que la relación fiduciaria se inicia por la constitución del fideicomiso, la cual se da inter vivos o por testamento, en el caso de un fideicomiso inter vivos la relación fiduciaria tendrá 2 momentos, primero la constitución del fideicomiso sin que se ejecuten las condiciones testamentarias en donde existirán las 3 partes, pero la relación activa será entre fideicomitente y fiduciario y puede ser que nunca se llegue al segundo momento ya que existe la posibilidad de revocar el fideicomiso, pero en el supuesto de que no se dé la revocación y fallezca el fideicomitente, surgirá la nueva relación entre el fiduciario y el fideicomisario, momento en el que las disposiciones testamentarias surten sus efectos.

En el fideicomiso constituido vía testamento, solo existe un momento en donde las partes también serán tres y la relación fiduciaria será plurilateral. (albacea, institución fiduciaria y herederos), situación donde se enmarca el testamento público abierto con cláusula fiduciaria. La constitución del fideicomiso empieza a ejecutarse en el mismo momento y surte todos sus efectos.

3.3 LA CLAUSULA FIDUCIARIA

He dado la importancia que merece esta cláusula, por que como ya lo he explicado anteriormente una buena y adecuada asesoría del fiduciario y del Notario, decidirá el manejo futuro y la seguridad que se pueda tener sobre el buen cumplimiento del fideicomiso.

(56) Batiza, Rodolfo. Op. Cit. Pag. 169.

CAPITULO III

En el caso de los testamentos fiduciarios constituidos intervivos, lo que se maneja es una cláusula más sencilla, ya que únicamente tiene que hacerse mención en el testamento, a que contrato de fideicomiso hay que sujetarse, ya que previamente a la firma del testamento el testador ha acudido a una institución fiduciaria y se ha realizado el contrato de fideicomiso, un ejemplo de como se redactaría este tipo de cláusula es el siguiente:

“Lego en favor de mi hijo Sebastián, el inmueble ubicado en las calles de Viena número cuatro, Colonia Roma, México Distrito Federal, el cual deberá adjudicarse de acuerdo a lo estipulado en el contrato de fideicomiso número XXX que he celebrado con anterioridad ante Multi-banco Comermex S.N.C., división fiduciaria.”

A su vez el fideicomiso puede establecer respecto a este bien una serie de circunstancias de acuerdo a la voluntad del testador, como podría ser el arrendamiento y pago de colegiaturas o bien la venta del inmueble y la repartición del producto entre los mayores de 25 años, etc...

En relación con la Cláusula fiduciaria en los testamentos fiduciarios en donde el albacea tendrá que comparecer a nombre de la sucesión como fideicomitente para afectar en fideicomiso ciertos bienes, la cláusula tiene que estar muy bien redactada, ya que en este caso lo que se establezca en el testamento es lo que el albacea tendrá que contratar con la institución fiduciaria, esta forma es a la que yo le llamaría testamento público abierto con cláusula fiduciaria, ya que las disposiciones fiduciarias se establecen en el testamento, sin que por ello considere que la otra forma de constitución carezca de validez. Aquí, el Notario que redacte el testamento debe entender perfectamente las necesidades y la última voluntad del testador, para que únicamente se encargue del aspecto jurídico y elabore un proyecto que no limite al fiduciario en su actuación y que tampoco deje obrar al albacea en perjuicio de la sucesión, es decir, se tiene que realizar un fideicomiso en donde la complejidad del mismo no lo haga impráctico, para darnos una idea de como ha de elaborar el Notario esta cláusula estableceré el siguiente ejemplo:

Lego en favor de mis hijos Sergio, Francisco y Juan el inmueble ubicado en las calles de Atizapán de Zaragoza Número uno, Unidad San Esteban, Naucalpan de Juárez, Estado de México, mismo inmueble que deberá afectarse en fideicomiso y que será arrendado en cantidad que no podrá ser menor a 3 veces el salario general vigente para el D.F., elevado al año y que los frutos del arrendamiento pasarán a cada uno de ellos por partes iguales, hasta que el menor de los 3 cumpla 24 años momento en que se venderá el inmueble al valor comercial que tenga a la fecha y se repartirá el producto de la venta entre los 3 herederos en partes iguales”.

CAPITULO III

Este es un ejemplo sencillo de una cláusula fiduciaria, a continuación daremos un ejemplo de lo que sería la inserción de un fideicomiso dentro de un testamento, para que de esta forma no exista duda alguna de lo que se tendrá que realizar por parte de fiduciario y del albacea al momento de la muerte del testador.

Ejemplo:

"Escritura número diez mil novecientos sesenta y siete, en la Ciudad de Naucalpan de Juárez, Estado de México. Ante mí el Licenciado Horacio Aguilar Alvarez de Alba, Notario Público número treinta y nueve de dicho lugar, comparece el Señor Sergio Fernández Martínez, quien manifestó su deseo de otorgar testamento público abierto en presencia del suscrito Notario y de los testigos que le acompañan, de acuerdo a lo que se contiene en las siguientes declaraciones y cláusulas.

DECLARACIONES

I.- Manifiesta el testador, ser de nacionalidad Mexicana, ser hijo de los señores Don Ignacio Fernández Corona y Doña Esperanza Martínez Mancera de Fernández, ambos vivos, originario de México, Distrito Federal lugar donde nació el veintiseis de Octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, con domicilio en Retorno del Pirul número treinta y uno, Fraccionamiento Rincón Colonial, Saltero, y ser estudiante.

Expuesto lo anterior, el testador otorga lo que se contiene en las siguientes:

CLAUSULAS

PRIMERA.- DESIGNACION DE HEREDEROS.- Serán herederos en primer lugar, los señores Ignacio Fernández Corona, y Esperanza Martínez Mancera de Fernández, quienes serán designados fideicomisarios en primer lugar en el fideicomiso que se tenga que constituir, en caso de que los herederos designados en primer lugar fallecieren antes o al mismo tiempo que el testador, repudiaren la herencia o fueren incapaces de heredar, se designa como herederos en segundo lugar a los señores Esteban, Alejandro, Gabriel, Gerardo y David, todos ellos de apellidos Fernández Martínez, quienes son hermanos del testador. Tanto los herederos designados en primer lugar como los herederos designados en segundo lugar tendrán derecho de acrecer entre sí.

SEGUNDA.- DESIGNACION DE ALBACEA.- El testador designa como albacea de su sucesión a Multibanco Comermex, Sociedad Nacional de Crédito, división fiduciaria, quién actuará a través de su(s) delegado(s) fiduciario(s). En caso de que el albacea designado en primer lugar no pudiere o se excusare de desempeñar el cargo, designa como albacea en segundo lugar al señor Ricardo Kerstupp

Medina, quién tendrá que sujetarse a las disposiciones contenidas en el presente instrumento y afectar en fideicomiso ante la institución fiduciaria que él designe, los bienes, derechos y acciones que pertenezcan a la presente sucesión.

TERCERA.- FIDEICOMISO.- Es voluntad del testador que todos sus bienes, valores, acciones y derechos que integren su caudal hereditario, y después de cubiertas las deudas y gravámenes de la sucesión sean manejados en un fideicomiso que constituirá por efectos de este testamento el albacea de su sucesión, en Multibanco Comermex, S.N.C., división fiduciaria, o bien si el albacea designado en primer lugar se excusare o rehusare a desempeñar el cargo, se atenderá a lo dispuesto en la cláusula segunda que antecede. Los términos y condiciones bajo los cuales se registró el fideicomiso se precisan en el presente instrumento.

CUARTA.- CARACTERISTICAS DEL FIDEICOMISO.- El fideicomiso previsto en el presente instrumento tendrá las siguientes características:

1.- FIDEICOMITENTE: La sucesión del testador señor Sergio Fernández Martínez, representado por su albacea.

2.- FIDUCIARIO: Multibanco Comermex sociedad nacional de crédito, división fiduciaria, o bien la institución fiduciaria que el albacea designado en segundo lugar establezca.

3.- MATERIA DEL FIDEICOMISO: Todos los bienes, derechos y acciones que formen el caudal hereditario del testador al ocurrir su fallecimiento.

4.- FIDEICOMISARIOS EN PRIMER LUGAR: Serán fideicomisarios en primer lugar los señores Ignacio Fernández Corona y Esperanza Martínez Mancera de Fernández, padres del testador.

5.- FIDEICOMISARIOS EN SEGUNDO LUGAR.- Serán fideicomisarios en segundo lugar en caso de que los designados en primer lugar no pudieren, fallecieren antes o al mismo tiempo que el testador o repudieren la herencia, los señores Esteban, Alejandro, Gabriel, Gerardo y David, todos ellos de apellidos Fernández Martínez.

6.- COMITE TECNICO DEL FIDEICOMISO.- Serán miembros del comité técnico del presente fideicomiso, los señores Esteban, Gabriel y Gerardo todos ellos de apellidos Fernández Martínez, quienes tendrán el carácter de titulares, para el caso de que alguno de ellos no quisiere desempeñar el cargo, quedará facultado para designar a un suplente, quién tendrá que ser alguno de los fideicomisarios designados en segundo lugar, en el caso de que cualquiera de los miembros del comité no quisiere desempeñar el cargo perderá su haber en la masa hereditaria, siempre y cuando su excusa a juicio de los demás herederos designados en segundo lugar fuere justificable.

CAPITULO III

QUINTA.- FINES DEL FIDEICOMISO.- Son fines del presente fideicomiso los siguientes:

1.- Que el fiduciario, una vez que se hayan cumplido los trámites del procedimiento sucesorio respectivo, reciba y mantenga los bienes que constituyen la masa hereditaria, los administre y distribuya conforme a las siguientes bases.

A).- Que el fiduciario, siguiendo instrucciones escritas del comité técnico que más adelante se establece, invierta el fondo fideicomitido proveniente de las cantidades que en efectivo formen parte del haber hereditario o de aquellas cantidades que provengan de la venta de cualquier bien inmueble, en valores de renta fija de entre los aprobados por el Banco de México, para inversiones en fideicomiso.

B).- Que el fiduciario con cargo al capital líquido de la sucesión que en ese momento exista y hasta donde éste alcance, cubrirá las deudas que hayan quedado pendientes a cargo del testador.

C).- Que el fiduciario con cargo a los rendimientos que se obtengan por la inversión de los efectivos del fondo en fideicomiso, proceda a su distribución por conducto del comité técnico, en la forma siguiente:

C.1).- Entregará mensualmente y en forma vitalicia a los fideicomisarios designados en primer lugar, señores Ignacio Fernández Corona y Esperanza Martínez Mancera de Fernández, con cargo a los rendimientos que genere la inversión, una suma de dinero mensual para cada uno de ellos, equivalente a 7 veces el salario mínimo mensual que rija en esa época, en el Distrito Federal.

C.2).- En el caso de que los fideicomisarios designados en primer lugar fallecieren, en ese momento por instrucciones del comité técnico se les entregará el cien por ciento de las inversiones señaladas en el inciso A) a los fideicomisarios designados en segundo lugar, quienes lo repartirán por partes iguales entre sí.

D).- Que el fiduciario conserve en fideicomiso la propiedad del bien inmueble que haya sido usada como casa habitación del testador, concediendo a los fideicomisarios designados en primer y segundo Lugar, el derecho de usar y disfrutar dicho inmueble.

E).- Que el fiduciario, siguiendo instrucciones del comité técnico, proceda a la venta del inmueble y a ingresar el producto al fondo del fideicomiso cuando los fideicomisarios designados en primer y segundo Lugar no hicieren uso de la casa-habitación.

F).- Si hubiere otros bienes inmuebles formando parte del haber hereditario, el fiduciario recibirá los mismos y los mantendrá a efecto de patrimonio del fideicomiso, procediendo el fiduciario conforme a las bases que para la casa-habitación del testador se deban seguir, será el propio comité técnico, quién se encargue de la administración de los mismos, por lo cual también estará a su cargo el pago de

CAPITULO III

Impuestos y derechos que correspondan por dichos inmuebles, teniendo la facultad de exigir al fiduciario con cargo al patrimonio del fideicomiso le entregue o reembolse las cantidades que por tales conceptos tenga que pagar, para lo cual presentará los comprobantes correspondientes.

G).- Que el fiduciario reciba los productos que se obtengan de la venta de los inmuebles afectados al patrimonio del fideicomiso, o en su caso las indemnizaciones por conceptos de expropiación y los invierta en los términos del inciso A) de este contrato.

H).- Que el fiduciario, con cargo a los rendimientos de las inversiones realizadas o de los efectivos del fondo en fideicomiso por instrucciones del comité técnico, mantenga un seguro de gastos médicos mayores en favor de los fideicomisarios designados en primer lugar.

I).- En caso de existir otra clase de inversiones o derechos propiedad del fideicomitente, estos deberán ser reinvertidos en el fideicomiso, y su producto aplicado en los términos de los incisos anteriores.

J).- El fiduciario por lo que se refiere al capital fideicomitado bajo el supuesto establecido en el inciso C.2, se entregará por una sola vez a los fideicomisarios en segundo lugar por partes iguales.

SEXTA.- ENTREGA DE LOS BIENES AL FIDUCIARIO.- El fiduciario actuando también como albacea, recibirá todos los bienes y derechos que integren el patrimonio del testador al ocurrir su fallecimiento. Así mismo, se encargará de la administración de los inmuebles, valores y acciones que reciba, invertirá en efectivo en los términos de la cláusula anterior inciso A) y de conformidad con las instrucciones que por escrito le proporcione el comité técnico que más adelante se instituye. En caso de que el fiduciario no recibiere oportunamente dichas instrucciones, las inversiones se realizarán a plazo fijo o variable dentro de los aprobados por el Banco de México para inversiones en fideicomiso.

En el supuesto de que el fondo fideicomitado se encuentre invertido en valores de renta variable, el fiduciario ocurrirá directamente a las Asambleas que se convoquen por las emisoras, votando el acuerdo que a su juicio mejor convenga a los intereses del patrimonio fideicomitado, en su caso, estará facultado para otorgar un poder en favor de la persona que por escrito le indique el comité técnico establecido en este instrumento, para que el apoderado comparezca en representación del albacea.

SEPTIMA.- VENTA DE BIENES DEL FIDEICOMISO.- Si después de constituido el fideicomiso, dentro los bienes figura alguno que a juicio del fiduciario llegare a ser de difícil manejo, éste de acuerdo con las instrucciones que le dirija el comité técnico lo venderá y con el importe de la venta incrementará el fondo del fideicomiso.

OCTAVA.- FUNCIONAMIENTO DEL COMITE TECNICO DEL FIDEICOMISO.- El fideicomitente con fundamento en lo establecido en el

párrafo tercero del artículo sesenta y uno de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, ha establecido un comité técnico para lo cual formula las siguientes reglas de funcionamiento:

- a).- El comité técnico estará integrado por tres miembros, y en ningún caso podrá tomar decisiones cuando el número de integrantes sea inferior al señalado.
- b).- El comité técnico deberá reunirse por lo menos una vez al año, tomará decisiones por mayoría de votos y de cada reunión se levantará el voto correspondiente donde se indique la persona que ante el fiduciario deberá comparecer a transmitir los acuerdos tomados.
- c).- El cargo de miembro del comité técnico en este fideicomiso, es honorífico y por tanto no tendrá derecho a percibir - cantidad alguna por el desempeño de su cargo.

NOVENA.- FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL COMITE.- Serán facultades y obligaciones del comité técnico:

- a).- Instruir al fiduciario sobre la más conveniente inversión y reinversión al patrimonio fiduciario, teniendo limitación de que éstas siempre serán en valores de renta fija o variable de los aprobados por el Banco de México para inversiones en fideicomiso.
- b).- Instruir al fiduciario a fin de que el remanente de los productos sea invertido, incrementándose el patrimonio fideicomitado.
- c).- El comité técnico por unanimidad tendrá la facultad de instruir al fiduciario para hacer entregas extraordinarias de efectivo a los fideicomisarios en primer lugar a fin de sufragar gastos especiales.
- d).- Instruir al fiduciario respecto de los bienes fideicomitados, con ejecución a las cláusulas de este instrumento.
- e).- Instruir al fiduciario para que por conducto del representante que el propio comité técnico señale, se ejerciten los derechos derivados de las acciones fideicomitadas, ante las asambleas de accionistas, tanto ordinarias como extraordinarias.
- f).- El comité técnico se reunirá con la periodicidad que fuere necesaria y sesionará válidamente con la comparecencia de tres de sus miembros. De todas las reuniones del comité técnico se levantará acta que firmarán los comparecientes una copia de la cual deberá remitirse al fiduciario.
- g).- Invariablemente el comité técnico girará sus instrucciones al fiduciario, mediante comunicación escrita que deberán suscribir tres de los miembros de dicho comité.
- h).- En general, resolver cualquier imprevisto en beneficio y consecución de los fines del fideicomiso.
- i).- Las funciones del comité técnico serán permanentes en tanto subsista el fideicomiso.

CAPITULO III

Cuando el fiduciario obre ajustándose estrictamente a los dictámenes o acuerdos del comité técnico, estará libre de toda responsabilidad.

DECIMA.- COMISIONES DEL FIDUCIARIO.- El fiduciario tendrá derecho a cobrar las comisiones normales para cualquier operación de este tipo.

DECIMA PRIMERA.- RENDICION DE CUENTAS.- El fiduciario, una vez constituido el fideicomiso deberá rendir cuentas semestralmente a los fideicomisarios designados o a sus representantes legales y al comité técnico, acerca de las gestiones que lleve a cabo en relación con el patrimonio fideicomitado.

DECIMA SEGUNDA.- DEFENSA DEL FONDO EN FIDEICOMISO.- Los fideicomisarios o sus representantes legales y el comité técnico en su caso, tendrán la obligación de dar aviso al fiduciario de cualquier situación que pudiera afectar al fideicomiso que en este instrumento se prevee, así como la de designar a la persona o personas que se encarguen de ejercitar los derechos derivados del mismo o que procedan a su defensa, en cuyo caso el fiduciario no responde de la actuación de las personas designadas, siendo su única obligación otorgarles los poderes y documentos que al efecto necesiten.

El fiduciario tampoco será responsable de hechos o actos de terceros que impidan o dificulten el cumplimiento de los fines del fideicomiso que en este instrumento se prevee, o perjudiquen al patrimonio fideicomitado.

En caso de urgencia, el fiduciario deberá llevar a cabo los actos indispensables para conservar el patrimonio fideicomitado y los derechos derivados de éste, aún en el supuesto de que vaya a abstenerse con posterioridad de ejercitar tales derechos.

DECIMA TERCERA.- ADMINISTRACION DEL FIDEICOMISO.- El fiduciario administrará el patrimonio fideicomitado con las facultades y obligaciones que se establecen en los Artículos doscientos setenta y ocho y trescientos cincuenta y seis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

DECIMA CUARTA.- EXTINCION DEL FIDEICOMISO.- El fideicomiso que en éste instrumento se prevee, se extinguirá una vez que los rendimientos así como el patrimonio se hayan entregado a los fideicomisarios de acuerdo a las finalidades establecidas en el fideicomiso, también podrá extinguirse por cualesquiera de las causas establecidas en el Artículo trescientos cincuenta y siete de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que sean compatibles con las estipulaciones de los mismos.

Manifiesta el testador que con anterioridad a la celebración de este acto, no ha otorgado ninguna otra disposición testamentaria, por lo cual desea que la presente se cumpla como su última y deliberada voluntad.

CAPITULO III

Yo el Notario Certifico:

I.- Del conocimiento y capacidad del compareciente, por no existir signos externos que demuestren lo contrario.

II.- Que fueron testigos en este acto, los señores...

III.- Que siendo las trece horas con quince minutos del día antes mencionado, leí en alta voz el presente instrumento al testador y a los testigos que le acompañan, momento en que yo el Notario lo autorizo definitivamente, Doy Fe.

Como podemos observar es más complicada la elaboración de un fideicomiso, e incluirlo en un testamento. Pero también podemos observar como el testador puede prever un número indeterminado de situaciones que pueden llegar a ocurrir, por lo cual podemos decir que es más completo, y el testador tendrá una mayor tranquilidad.

La cláusula fiduciaria puede ser redactada de acuerdo a las necesidades del testador, con la intervención del Notario y de la institución fiduciaria en su caso, para lograr mejores resultados.

Los notarios generalmente no hacen referencia a todo el contrato de fideicomiso como lo hemos hecho anteriormente, pero esta sería una solución al problema de dejar a criterio de otros la elaboración del fideicomiso. Lo que comunmente se acostumbra es el hacer mención en el testamento de que determinados bienes o derechos deberán de afectarse en un fideicomiso, pero insisto si queremos lograr la seguridad jurídica y material sobre los bienes materia de la sucesión, y sobre el exacto cumplimiento de la última disposición, este es el medio adecuado para lograrlo.

Para lograr lo anterior debe de existir una estrecha relación entre las instituciones fiduciarias y los notarios, situación que no es difícil de lograr, ya que en la actualidad y en las operaciones cotidianas de apertura de créditos lo existe.

Además algo que es importante es el hecho de que en relación con bienes inmuebles, el Notario que conozca del fideicomiso tendrá que llevar a cabo la anotación correspondiente en el Registro Público de la Propiedad, y esto sin lugar a duda es un obstáculo para poder destinar el inmueble a un fin distinto del señalado en el fideicomiso testamentario.

Por último y para terminar con el tema de la cláusula fiduciaria podemos decir que en el primer supuesto la cláusula fiduciaria tiene efectos declarativos y en el segundo supuesto, efectos constitutivos de derechos.

3.4 BIENES MATERIA DEL TESTAMENTO FIDUCIARIO

El objeto o materia del fideicomiso en general esta constituido por los bienes o derechos que se afecten o entreguen al fiduciario para destinarse a un fin determinado, el maestro Luis Muñoz,⁵⁷ considera que debe entenderse por objeto del contrato el bien o los bienes que las partes tienen en relación. Por su parte el maestro Alfaro afirma⁵⁸ "Debe mantenerse con cuidado la distinción entre objeto o patrimonio y fin del fideicomiso, términos que con frecuencia se emplean como sinónimos, sin serlo. El objeto consiste en la cosa que es materia del fideicomiso, en tanto que el fin es el resultado que se persigue con sus constitución".

Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes muebles e inmuebles que sean estimables en dinero y cuya administración o venta sea reductible para el fiduciario, es decir, serán todos aquellos que tengan un valor estimable en dinero, y en el cual el fiduciario obtenga un beneficio al constituir el fideicomiso. De lo anterior deducimos que los fideicomisos debido a los gastos que se tienen que cubrir al fiduciario, no son utilizados por gente de escasos recursos. Los bienes que se afecten en fideicomiso se destinarán a realizar el fin del fideicomiso, es decir, serán la materia indispensable para que el fideicomiso opere, ya que no son el fin ni la causa, sino el objeto del fideicomiso.

Respecto a la clasificación de los bienes tenemos que son considerados bienes muebles aquellos que pueden trasladarse de un lugar a otro ya sea por alguna fuerza exterior o que se muevan por sí mismos, los derechos son considerados como bienes muebles, más adelante hablaremos de los derechos. Para efectos del testamento fiduciario únicamente pueden ser afectados en fideicomiso aquellos bienes cuyo titular es el testador, es decir, aquellos sobre los cuales el testador tiene el poder o la facultad de disposición.

Respecto a los bienes inmuebles el fideicomiso puede ser de administración o de garantía, y es en los bienes inmuebles donde se crea el problema o la dificultad en las sucesiones, debido a ciertos factores como lo son:

- 1) El que no se puede adjudicar de una manera sencilla como los bienes muebles, ya que la posesión del mismo no nos da derechos de propiedad, a parte existe la inscripción en el Registro Público de la propiedad que sirve para dar publicidad a los actos jurídicos celebrados entre las partes y de esta forma la inscripción hace más difícil una adjudicación que vaya contra de derecho.

(57) Muñoz, Luis. Op. Cit. Pag. 343.

(58) Batiza, Rodolfo. PRINCIPIOS BASICOS DEL FIDEICOMISO Y DE LA ADMINISTRACION FIDUCIARIA. Editorial Porrúa S.A., México D.F. 1977. Primera Edición. Pag. 58.

- 2) Generalmente no admite comoda división el bien entre los herederos, por lo tanto existe la tendencia a vender los bienes y repartirse el dinero producto de la venta.
- 3) Genera ciertos gastos la adjudicación de estos bienes.

El proyecto Alfaro establecía "que puede constituirse fideicomiso sobre toda clase de bienes muebles o inmuebles, corpóreos o incorpóreos, presentes o futuros" (Art. 2o), concluía este autor refiriéndose a los bienes que el objeto del fideicomiso, forzosamente tienen que recaer sobre un bien.

Sobre el particular las Leyes de la materia no nos dicen nada, por lo cual, aparte de atender a las consideraciones anteriores, recurriendo a las Leyes del orden común tenemos que pueden ser materia del fideicomiso testamentario, todos aquellos bienes que existan dentro de la naturaleza, que sean determinados o determinables y que se encuentren dentro del comercio, con la consideración hecha anteriormente de que sean susceptibles de valorizarse en dinero.

3.5 EL TESTAMENTO FIDUCIARIO SOBRE DERECHOS

El proyecto Vera Estañol establecía en su artículo décimo tercero "Pueden ser objeto de fideicomiso los bienes inmuebles y derechos reales, cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, papeles, dinero efectivo y bienes inmuebles en general, y cualesquiera derechos, excepto aquellos que conforme a la Ley, no pueden ser ejercidos sino directa e individualmente por la persona a quien pertenecen".

La misma idea aporta el proyecto de la asociación de Banqueros, así la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 251 párrafo primero establece, "Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la Ley sean estrictamente personales de su titular".

Como podemos observar, la Ley es muy general y por lo cual únicamente excluye aquellos derechos como el uso, la habitación, el usufructo, los derivados de una relación laboral los derivados al patrimonio de familia derechos de autor etc..., es decir, los estrictamente personales del titular y que por su naturaleza o por disposición de la Ley son intransferibles.

Ahora bien, una vez que hemos identificado cuales derechos pueden ser materia del fideicomiso, estableceremos que el fideicomiso afecta estos derechos, únicamente transmitiéndolos a quienes el fideicomitente designe para que el beneficiario goce de esos derechos, pero no serán susceptibles de venderse o negociarse y esto por práctica en las Instituciones fiduciarias ya que se podría caer en alguna responsabilidad y

CAPITULO III

como lo he mencionado antes las instituciones fiduciarias tratan de llevar a cabo fideicomisos en donde mientras menor responsabilidad puedan adquirir es mejor para ellos.

Yo no estoy de acuerdo con esta situación, ya que sería más fácil, valorar económicamente determinados derechos ponerlos en venta y el producto de la venta también es un beneficio y de forma inmediata para los herederos, aunque aquí se tendría que ver sobre que tipo de derechos estamos hablando, como ejemplo y para terminar con este tema diremos que son susceptibles de afectarse en fideicomiso (los derechos que se tienen sobre acciones, el derecho de propiedad, el derecho de suceder, etc...)

3.6. EFECTOS DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO CON CLAUSULA FIDUCIARIA

El testamento con cláusula fiduciaria aparentemente surte sus efectos al momento en que el testador fallece y así es, si es que estamos hablando de los efectos que genera el propio contrato de fideicomiso y el testamento, pero aparte de que se cumplan las disposiciones testamentarias y fiduciarias el testador gozará de una seguridad y tranquilidad que antes no tenía, ya que los bienes que durante toda su vida había logrado obtener van a tener el destino que les quiso dar, esto es una tranquilidad que se obtiene al prever cualquier situación futura, en este caso el testamento, sea cual sea la forma en que se otorgue, será el medio para lograr esa tranquilidad en el testador.

La cláusula fiduciaria y el fideicomiso otorgan una seguridad al testador quien no dudará que las disposiciones testamentarias que el previamente ha establecido se cumplan como su última y deliberada voluntad, además otorga una seguridad jurídica sobre la sucesión y una seguridad material sobre los bienes materia de la sucesión, garantizando a los herederos los beneficios de la misma. Estos son efectos subjetivos que influyen en la mente de las personas para que otorguen testamento y de esta forma se logren diferentes objetivos, el principal prever una determinada situación jurídica sobre los bienes y de esta forma beneficiar a quien tiene derecho a ello, aparte, a través de la intervención de una institución fiduciaria se logra una mejor inversión y administración de los bienes materia de la sucesión testamentaria, ya que se cuenta con el asesoramiento de profesionales en la materia.

De lo anterior podemos deducir que los efectos del testamento fiduciario afectan tanto al testador como a los herederos; al testador como ya se ha explicado y a los herederos en una mayor ventaja y beneficio de la sucesión testamentaria.

3.7. LOS BIENES MUEBLES Y EL FIDEICOMISO DE INVERSION

Una vez que hemos definido cuales son los bienes muebles, podemos decir que por su naturaleza son los más fáciles de enajenar y de esta forma, adquirir con el producto de esa venta acciones o documentos que se manejan en el ámbito financiero con el fin de constituir fideicomiso de inversión, o bien afectar en fideicomiso el dinero y que el fiduciario se encargue de realizar las inversiones mismas que por seguridad serán de renta fija pero con el mejor rendimiento que se pueda obtener.

El fideicomiso de inversión dentro de los testamentos fiduciarios es el que más se maneja, ya que el testador generalmente tiene sus ahorros en el banco, y al fallecer dispone de él tratando de beneficiar a los herederos, ya sea entregando dichas cantidades al cumplimiento de un término, o bien cuando se cumpla determinada condición, en el caso de que existan menores de edad se puede garantizar su educación y alimentación obligando a la institución fiduciaria.

Un ejemplo de este tipo de fideicomisos son las llamadas cuentas maestras, en donde existen disposiciones testamentarias para que en el supuesto de que fallezca el titular de la tarjeta, el beneficiario designado en la solicitud gozará de los beneficios económicos.

3.8. LOS BIENES INMUEBLES Y EL FIDEICOMISO DE GARANTIA Y ADMINISTRACION

Generalmente en todas las sucesiones, sean testamentarias o legítimas, el problema de la repartición de los bienes radica en los que conocemos como inmuebles, básicamente por su difícil división, es decir, no admite comoda división en cuanto a la especie, en este trabajo se pretende demostrar como la opción de la cláusula fiduciaria, aparte de la seguridad jurídica y material que se tiene sobre los bienes, es una opción para manejar esta difícil situación que se presentará a los herederos.

La solución más práctica y común a este problema, es la venta del inmueble y repartir el producto de la venta en la parte que les corresponda a los herederos, quedando muchas veces desprotegidos algunos de ellos, esto se da aún en contra de la voluntad del propio testador, la intervención del fiduciario como ya se ha explicado hará cumplir al pie de la letra las disposiciones testamentarias, pero aparte de esta situación, existe la ventaja de que el testador o el albacea según sea el caso tendrán la asesoría del fiduciario para que los bienes inmuebles se afecten en un fideicomiso ya sea de administración o de garantía según las necesidades de los herederos.

Aquí nos encontramos en diferentes hipótesis en donde según sea la edad de los herederos, el estado que guardan, y la voluntad del testador, se

podrá, con la intervención del fiduciario afectar en un fideicomiso el inmueble para que los herederos no pierdan la propiedad del bien y el fiduciario pague escuelas o bien entregue cantidades mensuales a los herederos durante el periodo en que estos terminen sus estudios, o algún plazo previamente determinado, quedando como garantía el inmueble, y de esta forma se puede evitar un desequilibrio en la forma de vida de los herederos, quizá un factor no de interés jurídico pero el cual considero de importancia.

Otra opción que podemos tener en el caso de los bienes inmuebles es un fideicomiso de administración, en donde el fiduciario se encargará de administrar el bien inmueble. Es decir, se encargará de arrendar el bien inmueble, cobrar los rentas, realizar los pagos de impuestos por cuenta y orden de los herederos, y estos sin mayor problema lo único que tendrán que hacer es recoger en las oficinas del banco que ellos designen el cobro de estas rentas, evitándose problemas con los arrendatarios, ya que en caso de que se quisiera habitar la casa o bien venderla y los arrendatarios no quisieran desocupar, se podrá también obligar al fiduciario a llevar los trámites judiciales correspondientes a fin de desocupar el bien.

No con esto queremos decir que las instituciones fiduciarias cuenten con todo el personal para realizar todas estas actividades pero ellos se encargarán de contratar a personal especializado, y con el apoyo de los diferentes departamentos del banco al que pertenecen, se podrá dar una solución más rápida a los problemas que se presenten sobre todo en el caso de que los herederos no conozcan de estos supuestos.

Esto es en forma general el sistema de operación en caso de que existan bienes inmuebles de por medio, pero el fideicomiso se puede ajustar a las situaciones que el propio testador establezca o bien, a la situación que guarden los herederos, ya que tiene la flexibilidad de cualquier tipo de contrato y es adaptable a las necesidades e imaginación del fideicomitente.

3.9 EL ALBACEA Y EL COMITE TECNICO

Tanto el comité técnico como el Albacea, tienen la función de administración, uno en el fideicomiso y el otro en el testamento.

El comité técnico es un cuerpo colegiado que el fideicomitente designa en el acto constitutivo del fideicomiso y que va a actuar de acuerdo a las facultades que el propio fideicomitente le otorgue, generalmente tiene funciones de administración en el fideicomiso y también puede tomar decisiones según las facultades que se le otorguen, su vigencia también dependerá de la voluntad del fideicomitente.

CAPITULO III

El origen de estos comités, lo tenemos en el trust para empresas, en donde personas de grandes conocimientos en la materia se reunían en un cuerpo colegiado para dar asesoría técnica a las empresas, es decir, no funcionaban directamente con los señores, únicamente eran auxiliares.

En el fideicomiso testamentario pueden o no existir y en este caso concreto tendrían facultades similares a las del albacea, es decir, vigilar que el fiduciario de cumplimiento total a la última voluntad del testador.

No creo que sea necesario integrar un comité técnico en una sucesión, en donde el monto de los bienes no sea cuantioso y el fideicomiso sea sencillo, el comité técnico debe designarse en aquellos fideicomisos que sean complejos y que por lo mismo la toma de decisiones deba discutirse ampliamente, hay quienes afirman que es una limitación al fiduciario, pero también hay personas que opinan que el comité técnico es un continuador de la voluntad del fideicomitente, ya que será este cuerpo colegiado el que se encargue de tomar las decisiones sobre los problemas que se presenten dentro del fideicomiso.

El albacea por su parte y como ya lo hemos visto en un capítulo anterior tiene funciones de administrador y ejecutor testamentario. Ambas figuras son parecidas, pero hay que tomar en cuenta que la designación del albacea es forzosa para que exista alguien que ejecute las disposiciones testamentarias.

Para concluir diremos que las funciones de ambos son muy parecidas pero el periodo de actuación de ambos es diferente, ya que uno se encarga de la constitución del fideicomiso, y el otro actúa en la ejecución del mismo.

3.10 MOMENTO DE TERMINACION

Existen diferentes causas por las cuales puede terminar este tipo de fideicomisos.

El primero de estos es por acuerdo entre el fiduciario y los herederos, a diferencia de los demás fideicomisos y por la naturaleza misma del testamentario, el consentimiento lo otorga el fideicomisario y no el fideicomitente.

Esta forma de terminación únicamente operará en el caso de que no existan condiciones pendientes de cumplir, o bien situaciones específicas que el testador hubiere establecido.

Es de gran importancia el hecho de que se haga esta aclaración, ya que si se pudiera dar por terminado el fideicomiso dependiendo de la voluntad del heredero, y este tuviere algunas cargas o condiciones que cumplir,

CAPITULO III

Inmediatamente lo extinguiría para gozar en forma inmediata de los beneficios de la herencia.

Otra de las causas es que el plazo por el cual se fijo haya transcurrido, también si transcurre el máximo de tiempo que la Ley establece.

Si se cumplen los fines del fideicomiso el fideicomiso terminará, generalmente esto se da cuando los herederos reciben en su totalidad los beneficios que el testador dejó en su favor.

También puede terminar por alguna causa imputable al fiduciario, por malos manejos de este, caso en el que se le removerá de su cargo y entonces si no se previo esta situación no existirá fiduciario para desempeñar el cargo.

O bien terminará cuando no sea casteable el fideicomiso y su administración no le convenga al fiduciario, en todos estos casos el fiduciario tendrá que rendir cuentas al fideicomisario haciéndole entrega de los bienes fideicomitidos si es que existieren según sea el tipo de fideicomiso que se halla manejado.

CAPITULO IV
REGIMEN FISCAL APLICABLE
A BIENES INMUEBLES

CAPITULO IV

He querido destacar este aspecto dentro del trabajo, debido a la importancia que presenta, ya que el pago de los impuestos es una forma de demostrar el interés que se tiene sobre la propiedad y a la vez da una seguridad y evita problemas posteriores, porque en lo relativo a bienes inmuebles, es muy común que todos tomemos posesión de los bienes y dejemos la cuestión impositiva en un segundo orden ya que lo que nos interesa es ocupar el bien y como la posesión se puede decir que es un noventa y nueve por ciento de la propiedad, repito, los impuestos los hacemos a un lado. Es aquí en donde el fiduciario y el Notario intervienen para verificar que estos impuestos se paguen en su momento y se garantice la adquisición vía herencia.

Si bien el pagar impuestos no es algo que a todos nos guste hacer, hay que tomar en cuenta que mientras más tiempo se deje pasar, la carga tributaria será más gravosa, y tener siempre en mente que tarde o temprano se tendrán que pagar.

Partiendo de este orden de ideas vemos la necesidad que existe y la obligación que tiene el causante de cubrir los impuestos que forzosamente se tienen que pagar en una transmisión de bienes inmuebles vía sucesoria, sea mediante fideicomiso o bien sin la intervención de una institución fiduciaria.

Haremos un poco de historia para entender el desarrollo que han tenido los impuestos que directamente se relacionan con el fideicomiso y la transmisión de bienes.

Después de la época porfirista y del periodo revolucionario, el gobierno se enfrentó a la necesidad de allegarse de recursos para poder dar la cara a los graves problemas económicos a que se enfrentaba el país, de esta forma se establecieron un sinnúmero de impuestos especiales, pero cabe hacer la aclaración que la gran mayoría carecían de técnica jurídica, y lo más grave que algunos eran anticonstitucionales, de esta forma para el año de 1937, el 31 de diciembre se expidió la Ley General sobre Percepciones Fiscales de la Federación, misma que tuvo un año de vigencia y es el antecedente más remoto de la codificación fiscal que actualmente conocemos. Posteriormente el 31 de diciembre de 1938 se promulgó el Código Fiscal de la Federación, mismo que abrogó a la anterior Ley, este Código ya contenía avanzados principios en materia tributaria, y en lo que al fideicomiso corresponde, en su artículo 21 definía a las unidades económicas, dicho artículo decía: "la calidad de sujeto a deudor de un crédito fiscal puede recaer... V.- sobre cualquier agrupación que aún sin tener personalidad jurídica, constituya una unidad económica diversa de la de sus miembros. Para la aplicación de las leyes fiscales, se asimilan estas agrupaciones a las personas morales mencionadas en la fracción III de este artículo."

El fideicomiso no fue reglamentado dentro de este Código, pero la definición antes expuesta de las unidades económicas nos hace ver que el fideicomiso reúne los requisitos para entenderlo como tal, por lo tanto causaban impuestos como una persona moral.

Posteriormente el Código Fiscal de 1966 que abrogó al anterior, establecía que los impuestos derechos y aprovechamientos, se regularán por las leyes fiscales respectivas, en su defecto por este Código y supletoriamente por el derecho común..., esto trae como consecuencia que cada Ley en especial va a regular la actividad de los fideicomisos.

Es por esto que en el presente trabajo estudiaremos los impuestos que gravan al fideicomiso cuando en este existen bienes inmuebles y se ha establecido que la fiduciaria se encargue de su administración y entrega.

4.1 IMPUESTO SOBRE ADQUISICION DE BIENES INMUEBLES

El antecedente inmediato de este impuesto lo es la Ley General del Timbre del 31 de diciembre de 1975, en esta Ley se establecía que eran objeto de impuestos y derechos, todos los actos, contratos o documentos no mercantiles, efectuados, celebrados, expedidos o que surtieran efectos en los Estados Unidos Mexicanos. Como podemos observar no solo gravaba los actos o hechos jurídicos, sino también la simple expedición de copias certificadas.

En lo que respecta al fideicomiso el artículo segundo de la mencionada Ley en su fracción segunda establecía que sería motivo de este impuesto el acto constitutivo del fideicomiso cuando se afectara un bien inmueble, o cuando se realizara la cesión de derechos por el fideicomitente o el fideicomisario.

En esta época era muy utilizado el fideicomiso en virtud de que si se establecía la transmisión del bien en favor del fideicomisario como uno de los fines del fideicomiso, o bien que este pudiera ceder sus derechos, no gravaba esta operación la mencionada Ley, siempre y cuando se hubiere cubierto el impuesto en la constitución del fideicomiso, lo cual era un atractivo para los inversionistas, ya que el impuesto se pagaba una sola vez, y en la actualidad se tiene que cubrir el impuesto cuantas veces se cedan los derechos en favor de terceras personas.

Uno de los principales aspectos que llaman la atención es el hecho de que la Ley establecía que estaban exentos de los impuestos y derechos, los actos constitutivos del fideicomiso de administración, de garantía o testamentarios, ya que en estos se consideraba que no existía transmisión de propiedad.

CAPITULO IV

El primero de enero de mil novecientos ochenta inicia su vigencia la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles, la cual deroga a la Ley General del Timbre, esta nueva Ley únicamente va a regular los actos inherentes a la transmisión de bienes inmuebles, por lo cual los demás actos que la Ley anterior regulaba quedaban sin un fundamento sobre el cual pudieran seguir existiendo, así la Secretaría de Hacienda Y Crédito Público, suspendió el cobro de los impuestos y derechos que la Ley del Timbre gravaba.

El impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles, en su inicio fue un impuesto de tipo federal, pero más tarde y de acuerdo a los convenios de coordinación fiscal entre los gobiernos Estatales y el Gobierno Federal, se establece la facultad de los Estados del cobro del mismo, y en la actualidad se trata de un impuesto local, este impuesto es conocido en el Estado de México como impuesto al Traslado de Dominio, y en materia de fideicomisos y en sucesiones que es la materia de este trabajo veamos lo que establece.

Este impuesto grava a los herederos ya que son ellos los que van a adjudicarse el bien, ya sea vía fideicomiso o bien vía testamento, el espíritu de la ley consiste en gravar el beneficio patrimonial que obtenga una persona, sea física o moral, y sea por el medio que sea, siempre que exista un incremento en sus bienes, hablando lógicamente de bienes inmuebles. De esta forma el Estado intervendrá gravando ese beneficio económico.

A) SUJETOS DEL IMPUESTO

La Ley en este aspecto es muy clara al establecer que son sujetos del impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles, hablando en el Distrito Federal, ya que en el Estado de México es conocido como impuesto al Traslado de Dominio, las personas físicas o morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo o en éste y las construcciones adheridas a él, ubicadas en el Distrito Federal así como los derechos relacionados con los mismos.

En el caso del fideicomiso testamentario, no hay lugar a dudas que las personas que tendrán que cubrir el impuesto serán los que hayan sido designados fideicomisarios, que generalmente son los propios herederos, en este caso el pago del impuesto será proporcional de acuerdo al número de adjudicatarios del bien, el cien por ciento del pago del impuesto tendrá que pagarse, pero cada adjudicatario responderá con la parte que le corresponda del bien, es decir, en este momento ya estamos hablando de una copropiedad.

Existen ciertas personas que por la situación específica en la que se encuentran, o bien por su naturaleza o debido a las actividades que realizan no están obligadas al pago de este impuesto. A continuación

CAPITULO IV

mencionaremos en que casos y quienes no están obligadas al pago de este impuesto.

- a) En las adquisiciones realizadas por las instituciones de asistencia o beneficencia autorizadas por las leyes de la materia, instituciones públicas de enseñanza y establecimientos de enseñanza propiedad de particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios en los términos de la Ley Federal de Educación, únicamente por los bienes destinados exclusivamente a fines educativos.
- b) En las adquisiciones que se realicen al constituir o disolver la sociedad conyugal, así como en el acto en que se cambien las capitulaciones matrimoniales. No queda incluida en esta fracción la transmisión hereditaria de la parte correspondiente a cada conyuge en la sociedad conyugal.
- c) En las adquisiciones por los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en caso de reciprocidad.
- d) En las adquisiciones por los partidos y asociaciones políticas para su propio uso.
- e) En las adquisiciones realizadas por organismos descentralizados de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios.

B) MOMENTO DE CAUSACION

La Ley de Hacienda del D.F. establece en la fracción X del artículo 25 "Se entiende por adquisición los actos que se realizan a través del fideicomiso, así como la cesión de derechos en el mismo."

El código fiscal de la federación establece que existe enajenación de bienes a través de fideicomiso en los siguientes supuestos:

Artículo 14. Fracción IV.- La cesión de los derechos que se tengan sobre los bienes afectos al fideicomiso en cualquiera de los siguientes momentos.

- a) En el acto en que el fideicomisario designado ceda sus derechos o de instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de los bienes a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derechos o de dar dichas instrucciones.

Esta aclaración que se hace en la parte final del inciso a) obedece a que en muchas ocasiones el fideicomisario evitaba el pago del impuesto, por haberse establecido en el fideicomiso la posibilidad de transmitir los bienes

CAPITULO IV

a un tercero, con lo cual se decía que el que transmitía los bienes era el fideicomitente y así pasaba el tiempo y el fideicomisario podía disfrutar el bien y al momento de venderlo el que pagaba el impuesto era el nuevo adquirente, evadiendo de esta forma un pago. Ahora en el supuesto de una transmisión a un tercero, se causará un doble pago de este impuesto uno que cubrirá el fideicomisario y otro el nuevo adquirente.

- b) En el acto en el que el fideicomitente ceda sus derechos si entre estos se incluía el de que los bienes se transmitan a su favor.

Esto es, que el fideicomitente tenga la posibilidad de readquirir los bienes y ceda esos derechos

Artículo 14 Fracción V. En el acto en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes.

Supuesto que no se puede dar en el fideicomiso testamentario. Si bien en el constituido inter vivos se puede, no es así en aquel constituido por el albacea en representación de la sucesión.

En este caso estaríamos hablando de alguna modificación al fideicomiso o bien que se cumpla una condición prevista por la cual extingue este derecho.

C) FORMA PARA DETERMINAR EL MONTO DEL IMPUESTO.

Para determinar el monto del impuesto a pagar, debemos tener en cuenta sobre que valor tendremos que efectuar el cálculo. La ley establece que son tres los valores que se tienen que tomar en cuenta para estos efectos.

- a) El valor catastral,
- b) El valor de operación, y
- c) El valor de avalúo.

En el caso del fideicomiso testamentario, únicamente tomaremos en cuenta el valor catastral y el valor de avalúo, el primero de estos está determinado por el monto que aparece en los recibos del pago de impuesto predial, el valor de avalúo será determinado por alguna institución autorizada para realizar avalúos, al efecto el artículo 4o.- del C.F.F., establece que pueden realizar avalúos.

De los valores que se tomen en cuenta, el valor que resulte más elevado, sobre ese monto se calculará el pago del impuesto. En el Distrito Federal se pagará un diez por ciento de dicho valor una vez que haya llevado a

CAPITULO IV

cabo una reducción de "X" número de años de salario mínimo, esta reducción la explicaremos más adelante.

En el Estado de México, el pago se hará sobre un siete por ciento más el quince por ciento por concepto de fomento a la educación en el Estado, del valor más alto menos la reducción.

Esta reducción puede ser de tres formas en el Distrito federal:

- 1) Se puede reducir del valor más elevado, 5 veces el salario mínimo general para el D.F., elevado al año de la zona económica que corresponda al D.F., esta es la norma general.
- 2) En el caso de que el valor del inmueble no sea mayor a 10 veces el salario mínimo anualizado y el inmueble sea una vivienda, se tendrá derecho a una reducción de 8 veces el salario mínimo anualizado.
- 3) Cuando se trate de viviendas cuyo valor sea mayor de 10 veces el salario mínimo, y menor de 13 veces dicho salario anualizado, la reducción será de cinco veces el salario adicionada con el monto que resulte de disminuir de tres veces dicho salario la cantidad en que exceda el valor del inmueble diez veces el salario mínimo mencionado.

La reducción de esta última opción no es del todo clara y es en la que puede existir alguna duda, pero para no ahondar más en el asunto diremos que es una deducción mayor a la regla general.

En el Estado de México también operan tres tipos de reducciones, pero a diferencia de las que operan en el Distrito Federal, aquí se da por zonas económicas, así tenemos que para los municipios de control opera una reducción de cinco veces el salario mínimo anualizado, para los municipios de desarrollo normal, una reducción de seis veces el salario mínimo anualizado, y para los municipios de impulso, una reducción de siete salarios mínimos anualizados.

Cabe hacer mención que estas reducciones solo se podrán llevar a cabo en lotes de terreno y en inmuebles destinados a viviendas, inclusive para edificios de departamentos habitacionales, no así para hoteles.

D) DECLARACION DEL PAGO DEL IMPUESTO

El artículo 29 de la ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal establece:

"El pago del impuesto deberá hacerse mediante declaración que se presentará dentro de los quince días siguientes a aquel en que se realice cualquiera de los supuestos que a continuación se señalan:

...II).- Cuando se adjudiquen los bienes de la sucesión o transcurran tres años de la muerte del autor de la misma, si durante dicho plazo no se hubiera llevado a cabo la adjudicación, así como el cederse los derechos hereditarios o al enajenarse bienes por la sucesión. En estos últimos casos el impuesto se causará en el momento en que se realice la cesión o la enajenación independientemente del que se cause por el cesionario o por el adquirente.

III.- Cuando se realicen los supuestos de enajenación a través del fideicomiso."

Esta parte del trabajo y la referente al momento de causación marcada en el inciso B) van íntimamente ligadas. En el caso del testamento fiduciario el momento de causación podrá ser en tres supuestos:

1. Previamente a la muerte del testador y una vez constituido el fideicomiso.
2. Posterior a la muerte del testador al momento en que el fiduciario transmita los bienes a los herederos.
3. Al momento en que el albacea constituya el fideicomiso por cuenta de la sucesión y por disposición testamentaria.

Como estamos hablando de bienes inmuebles forzosamente se tendrá que llevar a cabo esta adjudicación, o bien la extinción total del fideicomiso y la transmisión de los bienes en ejecución del mismo, en ambos casos el Notario lo hará constar en escritura pública y retendrá el monto de los impuestos a pagar. El Notario también será quien haga el cálculo de dicho impuesto y enterará el pago dentro del plazo que se ha establecido, quince días después de la fecha de firma de la escritura.

En los casos en que debido al valor del bien no se cause dicho impuesto, se tendrá que cubrir una cuota fija y por lo tanto el Notario tendrá que llevar a cabo la presentación de la declaración correspondiente, la cuota fija corresponde a una cantidad equivalente a cuatro salarios mínimos diarios.

4.2 DERECHOS

Son las cantidades que se tienen que cubrir por los servicios que presta el Estado en sus funciones de Derecho Público, o por el uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público propiedad de éste.

En este caso son los pagos que se tienen que realizar para que el Registro Público de la Propiedad otorgue el servicio de llevar a cabo las anotaciones correspondientes que recaen sobre los bienes inmuebles lo cual a la vez será un impedimento para que se haga un mal uso de los

mismos, aunque estamos hablando de un pago que hay que realizar, da una garantía al propietario del bien.

El pago de los derechos deberá realizarlo el contribuyente previamente a la presentación del servicio, es decir, antes de que la escritura correspondiente sea presentada en el Registro Público de la Propiedad para su inscripción, en virtud de lo anterior podemos decir que en este tipo de derechos no puede haber multas o recargos.

A) MONTO DE LOS DERECHOS

Por la inscripción del fideicomiso así como su cancelación se pagará una cuota fija, correspondiéndole a la inscripción de fideicomiso indistintamente si es de administración o de garantía la cantidad de setenta y cinco mil pesos, lo mismo se pagará por la cancelación.

B) LA FUNCION NOTARIAL

El Notario Público interviene en tres momentos en el procedimiento del testamento fiduciario desde su constitución hasta que se adjudica el bien.

El primer momento puede ser la elaboración del testamento, en donde como se ha establecido la mejor forma de otorgarse es a través de un Notario Público, en esta parte no hay pago de derechos.

El segundo momento es la constitución del fideicomiso, mismo que se tiene que elaborar en escritura pública, aquí el Notario retendrá el monto de los derechos a pagar por la inscripción de la escritura que contenga la constitución del fideicomiso, y el se encargará de pagarlo, posteriormente remitirá al fiduciario debidamente inscrito dicho testimonio, o bien, según sea el caso, a los propios herederos. En esta segunda etapa la constitución del fideicomiso será de acuerdo a las disposiciones testamentarias establecidas, si se estableció que la transmisión opera en ese momento, también se tendrán que pagar derechos por la transmisión del bien, en este caso se pagará 7.5 pesos al millar sobre el valor del bien, si es que el inmueble se localiza en el Estado de México, y si se encuentra en el Distrito Federal, el pago de los derechos se hará de acuerdo a un tabulador especial.

El valor sobre el cual se pagarán estos derechos será aquel que establezca el avalúo que para estos efectos se practique.

El tercer momento en donde interviene el Notario, es en la extinción del fideicomiso, en donde se pagará la cuota fija anteriormente mencionada por dicha cancelación, puede ser que sea hasta este momento en donde se lleve a cabo la adjudicación del bien, entonces se pagará hasta este momento el monto de los derechos por la transmisión de propiedad, así como el pago de los impuestos respectivos.

4.3 IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Para el estudio y comprensión de este impuesto tenemos que partir de la base que se trata de una carga tributaria que grava la utilidad, ya sea por medio del arrendamiento o bien por la enajenación de bienes inmuebles, por lo cual será el vendedor o arrendador quien tendrá que cubrirlo, en el caso del testamento fiduciario a simple vista no existe una persona que obtenga esta utilidad, ya que las disposiciones testamentarias y fiduciarias, empezaron a surtir efectos después de la muerte del testador, es decir, no existirá el sujeto activo de la relación tributaria, pero si en las cláusulas del fideicomiso se establece la posibilidad de arrendar o vender, si se causará este impuesto, y quien tendrá que pagarlo es el fideicomisario.

A) OBJETO DEL IMPUESTO

El objeto de este impuesto es el gravar la ganancia que pudiera tener el fideicomisario en el caso de enajenación o bien el beneficio económico que tiene en virtud del arrendamiento, siendo en el arrendamiento una cuota fija y en la enajenación será indeterminado, hasta el momento en que se genere, es decir, el pago del impuesto por enajenación no está sujeto a una cuota fija, sino se determina a través de un procedimiento el cual estudiaremos más adelante.

B) MOMENTO DE CAUSACION

Al igual que la forma de determinar el pago del impuesto en el arrendamiento y enajenación de bienes inmuebles, el momento de causación es diferente, en el arrendamiento se paga este impuesto aunque en forma provisional al término de cada cuatrimestre y se presentará otra declaración en forma anual, es decir, se pagará en forma sucesiva este impuesto mientras exista el arrendamiento, en cambio en la enajenación de bienes inmuebles, se pagará por una sola ocasión al momento de transmitir la propiedad, el Notario se encargará de determinar el monto a pagar y el retendrá dicho impuesto a la firma de las escrituras correspondientes.

C) PAGO DEL IMPUESTO EN FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACION

Cabe aclarar que el impuesto no se paga por la práctica o desempeño del fideicomiso, sino que al hablar del fideicomiso de administración y establecer en este capítulo el régimen fiscal sobre bienes inmuebles, hacemos referencia a que el arrendamiento de bienes inmuebles mediante un fideicomiso, será mediante un fideicomiso de administración.

Aquí la Ley considera el uso o goce temporal como un ingreso del fideicomitente, pero en el caso del testamento fiduciario, como ya se ha

CAPITULO IV

establecido, los rendimientos que genere el uso o goce serán ingresos de los herederos-fideicomisarios.

La institución fiduciaria será la encargada de realizar los pagos por cuenta del fideicomisario, mismos que serán provisionales y en forma cuatrimestral, esto es, en los meses de mayo, septiembre y enero del siguiente año. El pago lo realizará en las oficinas autorizadas. El monto del pago será el 10% del total de los ingresos del cuatrimestre anterior, sin derecho a deducción alguna, la Institución fiduciaria durante el mes de enero del siguiente año a más tardar, entregará al fiduciario los rendimientos del arrendamiento acompañado de los recibos de pago de todos los impuestos y de todas las deducciones correspondientes del año anterior. Lo anterior será aplicable en el caso de que el fideicomitente no haya dispuesto que la entrega de los rendimientos se hiciera en forma mensual o hubiere establecido alguna otra condición.

D) PAGO DEL IMPUESTO EN FIDEICOMISOS TRASLATIVOS DE DOMINIO

El fideicomiso traslativo de dominio es aquel por virtud del cual el fideicomitente transmite sus bienes al fiduciario, para que este posteriormente lo transmita al fideicomisario, designando como fideicomisario a la persona o personas que tendrán la titularidad de los bienes bajo ciertas condiciones que se tienen que cumplir.

Para efectos del pago de este impuesto la Ley del Impuesto sobre la renta, considera que existe enajenación, en los supuestos que hemos visto en el inciso relativo al Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles establecido en la fracción IV del artículo 14 del Código Fiscal.

El pago del impuesto que resulte a cubrir lo efectuará el Notario por cuenta del enajenante, si no causare impuesto la venta del inmueble, de todas maneras se presentará la declaración en ceros en la oficina autorizada para tales efectos.

E) PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR EL MONTO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN OPERACIONES TRASLATIVAS DE DOMINIO

Para poder determinar el monto del impuesto a pagar, se tendrá que tomar en cuenta los siguientes factores:

- a) Costo de adquisición,
- b) Fecha de adquisición,
- c) Fecha de venta,
- d) Monto de la operación, y

- e) Número de enajenantes, en caso de que el vendedor haya adquirido el bien siendo casado, se tendrá que tomar en cuenta el régimen matrimonial bajo el cual se casó, en caso de que el régimen sea el de sociedad conyugal se le dará igual tratamiento fiscal que al de la copropiedad.

El procedimiento para determinar el monto a pagar, se iniciará ajustando el valor de adquisición del bien de acuerdo a la tabla de ajuste que emite año con año el Congreso de la Unión, esto servirá para determinar el precio que a la fecha tiene el inmueble según el monto de adquisición, es decir, se multiplicará el valor de adquisición por un factor predeterminado en dicha tabla que irá incrementándose de acuerdo al número de años que hayan transcurrido entre la fecha de adquisición y de venta, este factor se le conoce como factor de ajuste, en las reformas fiscales publicadas el 1o. de enero de 1989; se establece que el inmueble se podrá ajustar de acuerdo a esta tabla que emite el Congreso año con año, o bien actualizar el valor del bien de acuerdo al índice nacional de precios al consumidor.

Una vez que se ha ajustado el valor del bien, se comparará con el valor de operación, si el valor de operación es menor, habrá pérdida fiscal y por lo tanto no habrá impuesto que pagar, de lo contrario, se restará el valor de operación al valor ajustado y la diferencia que se obtenga será la utilidad gravable, esto es, el monto sobre el que se calculará el impuesto.

La utilidad gravable se dividirá entre el número de enajenantes, posteriormente la cantidad que resulte se dividirá entre el número de años transcurridos entre la fecha de adquisición y la fecha de enajenación, a la cantidad que resulte se le aplicará la tabla del artículo 141 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en dicha tabla se deducirán algunas cantidades y se multiplicarán por un porcentaje dependiente del rango de utilidad que se tenga.

Posteriormente se multiplicará por el número de años transcurridos lo cual nos dará el monto a pagar por cada uno de los enajenantes, para obtener el monto del impuesto total a pagar se multiplicará el pago parcial por el número de enajenantes y así obtendremos el total a pagar.

Para determinar este cálculo debemos tener en cuenta algunos aspectos especiales:

1. Si no tenemos valor de operación, se tomará como valor de venta el valor del avalúo practicado por alguna autoridad Fiscal, por alguna Institución de Crédito, la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales, o por un corredor público.

CAPITULO IV

2. En el caso de que se vendan terreno y construcción, se depreciará el valor de las construcciones en un 3% anual.
3. Para efectos de lo establecido en el inciso anterior, si no es posible determinar el monto de adquisición de las construcciones, se tomará como tal un 80% del valor de adquisición.
4. En el caso de que se haya adquirido el bien vía sucesión, el monto de adquisición será el precio en que haya adquirido el autor de la sucesión.

De esta forma tenemos determinado el impuesto que en todos los casos es diferente, ya que como vimos anteriormente intervienen muchos factores para determinar el monto a pagar.

Es así como se ha establecido en una forma amplia los impuestos y derechos que se tienen que cubrir en una operación de transmisión de propiedad a través de un fideicomiso, lo anterior con la intención de dar a conocer que no es gravoso la constitución del mismo, y que el factor dinero no sea un impedimento para intentar contratar con las instituciones fiduciarias, sobre todo, si se obtiene la seguridad y certeza jurídica que nos puede proporcionar.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. El testamento se basa en la facultad de disposición de los bienes que tiene su titular, así como en el derecho a testar y el derecho a heredar.
2. El testamento es un acto jurídico unilateral, solemne, revocable, personalísimo y previsor de determinadas situaciones futuras que se encuentra sujeto a una condición resolutoria, en donde opera en su más grande expresión la autonomía de la voluntad.
3. La institución de heredero es un requisito esencial para que quede garantizada la sucesión del De Cujus, en donde se debe tener una exacta idea de las obligaciones, derechos y responsabilidades que implica aceptar este cargo.
4. En todos los tipos de testamento que nuestro Código Civil reconoce deben de cumplirse una serie de requisitos para que el acto jurídico tenga plena eficacia, a la vez debe contener disposiciones que no sean contrarias a la Ley, por lo cual considero que la mejor forma de otorgar testamento es aquella que se realice bajo la supervisión de alguna persona especializada en la materia. Y el testamento público abierto nos ofrece estas ventajas.
5. El albacea, sea testamentario, legítimo o dativo, será siempre un representante de todos los intereses de la sucesión, para lo cual gozará de determinadas facultades y a su vez tendrá que cumplir con todas las obligaciones que representa el cargo para dar cumplimiento a las disposiciones testamentarias.
6. La sucesión es una figura jurídica con características propias que a veces se le ha considerado como persona moral, lo cual resuelve algunas situaciones prácticas, pero que en realidad no tiene una regulación especial.
7. El trust es la figura jurídica que más parecido tiene al fideicomiso mexicano, no consideramos que sea su antecedente, pero si fue el modelo que sirvió de base para instituir en países latinoamericanos el fideicomiso.
8. La naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano deriva sin lugar a duda del acuerdo de voluntades del fideicomitente y fiduciario, afectando en fideicomiso los bienes y derechos propiedad del fideicomitente. La institución fiduciaria en el ejercicio de sus funciones estará plenamente legitimada para dar cumplimiento a los fines del fideicomiso.
9. El testamento público abierto con cláusula fiduciaria, es una figura que tiene sus orígenes en una declaración unilateral de voluntad, y que posteriormente da origen a un contrato de fideicomiso, por lo cual estará regulado por normas de derecho civil y mercantil. De lo anterior se desprende que se habla de un contrato constituido en virtud de la

CONCLUSIONES

manifestación de voluntad del fideicomitente-testador contenida en su testamento, quién dispondrá de la totalidad, o de parte de sus bienes para que sean afectados en un fideicomiso ante una institución fiduciaria que puede ser designada por el mismo testador o dejarlo a la voluntad de terceras personas.

10. La cláusula fiduciaria incluida en los testamentos es de una gran significación, ya que esta es la que otorgará la confianza al testador de que sus bienes y derechos tendrán el fin que él les quizo dar.

11. Aunque existen bases suficientes para determinar que la base del testamento con cláusula fiduciaria o fideicomiso testamentario lo es el testamento, considero que debe existir en nuestra legislación una regulación específica, en el sentido de que para que pueda existir el fideicomiso con disposiciones testamentarias, debe existir un testamento previo, es decir, que sea necesario el otorgamiento del testamento, ya que no debemos aceptar las transmisiones parciales que ofrecen los fideicomisos con disposiciones que surten efectos para después de la muerte del fideicomitente.

12. Asimismo, debe regularse en forma concreta las previsiones en caso de que ninguna institución fiduciaria desee aceptar el cargo, ya que no es posible que una sucesión testamentaria tenga que estar sujeta a la decisión o capricho de una tercera parte.

13. De lo expuesto anteriormente, podemos afirmar que el testamento público abierto con cláusula fiduciaria es una garantía para el perfecto cumplimiento de la última voluntad del testador.

14. El tipo de fideicomiso que se constituye para dar cumplimiento a esta última voluntad es diferente a los demás fideicomisos, ya que el albacea constituirá el fideicomiso únicamente dando cumplimiento a lo establecido en otro acto previamente celebrado; el testamento.

15. Uno de los más grandes principios de derecho como lo es la libertad para contratar y la fácil revocación del acto, se da ampliamente en la figura del testamento y del fideicomiso en su máxima expresión, pero una vez que el testador fallece, ya nada se puede hacer, ya que el fideicomiso operará de acuerdo a los últimos deseos del fideicomitente-testador.

16. Podemos decir que todo este proceso es preventivo, ya que de no dejar establecida la disposición testamentaria, no podríamos hablar de una cláusula fiduciaria, por lo cual deducimos que el acto generador es el testamento.

17. El proceso de constitución del fideicomiso testamentario hasta el cumplimiento del mismo se da en dos etapas, el primero de ellos lo comprende la comparecencia ante el Notario Público a otorgar testa-

CONCLUSIONES

mento público abierto, que es la forma más sencilla y con menos riesgo de error en la elaboración del testamento, la segunda etapa se lleva a cabo después de la muerte del testador, en donde el albacea y la institución fiduciaria serán los principales protagonistas. El albacea como quedó establecido, puede ser la propia institución fiduciaria, y será el albacea quién a nombre de la sucesión y en ejercicio de las facultades que goza como representante de la misma constituya el fideicomiso cumpliendo con la última voluntad del testador.

18. Aquí podemos apreciar como la seguridad jurídica se presenta en cada instante del proceso, ya que si el albacea quisiera hacer mal uso de los bienes y destinarlos a otro fin que no sea el establecido en la cláusula fiduciaria, o en el propio fideicomiso, al momento de presentar el testimonio notarial en donde conste el testamento, se tendrá que atender única y exclusivamente a lo establecido por el De Cujus, no se puede destinar a otro fin porque existe una limitante que ha dejado establecida en el testamento.

19. Respecto a las características de esta figura, diremos que la flexibilidad que nos presenta, ofrece una serie de opciones y alternativas que se pueden establecer de acuerdo a la voluntad del fideicomitente, pudiendo de esta forma sujetarlo a ciertas condiciones que en un testamento no se podrían establecer, pueden afectarse en el fideicomiso, títulos de crédito, joyas, acciones, dinero en efectivo, bienes inmuebles, derechos, etc.... todo lo que la imaginación y las pretensiones del testador requieran. De ahí el gran desarrollo que ha tenido de algún tiempo no muy lejano a la fecha, ya que ha demostrado ser el medio más eficaz y adecuado para la consecución de determinados fines, que si bien se podrían obtener por algún otro medio, no se hubieran realizado exactamente como lo quiso el testador.

20. Un gran beneficio lo es la garantía de la permanencia y existencia de la institución fiduciaria, ya que si fallece alguno de los herederos o el albacea, los herederos que le sobrevivan seguirán percibiendo los beneficios del fideicomiso.

21. La posibilidad que se tiene de nombrar a un comité técnico, es otra ventaja, ya que como cuerpo colegiado actúa como supervisor del fideicomiso, desempeñando funciones de vigilancia sobre el fiduciario, además que si llegare a surgir cualquier eventualidad, el comité técnico se encargará de tomar la mejor decisión en beneficio de la sucesión, y siempre se estará actuando sobre los lineamientos previamente fijados por el testador.

22. Respecto a los bienes y derechos que reciben los herederos, estos serán en mayor cantidad en comparación a lo que se pudo haber recibido si la entrega de los mismos hubiera sido inmediata.

CONCLUSIONES

23. Existe la idea generalizada de que el constituir un fideicomiso es una carga pesada y que es onerosa la utilización del mismo, pero debemos hacer la aclaración que todo dependerá del valor de los bienes sobre el que se vaya a constituir el mismo, de los fines que se pretendan perseguir y de la institución fiduciaria que lleve a cabo el mismo, ya que aunque existen aranceles, existe cierta discrepancia entre las instituciones fiduciarias.

24. El aspecto fiscal que se explicó dentro del trabajo, es de vital importancia, ya que si bien sabemos que habrá una erogación de dinero al momento de dar cumplimiento con las disposiciones tributarias por parte de los adjudicatarios, lo que el autor de la sucesión pretendió al hacer testamento es que se efectuará la transmisión garantizando la sucesión.

25. La obligación de pago de los impuestos correspondientes por concepto de la transmisión es una obligación que no todos conocemos y que generalmente no llevamos a cabo, al efectuar estos pagos se acabará con la decidia que opera en las sucesiones para seguir adelante con los trámites de adjudicación, esto significa que en cierta forma se obligará a los herederos a tener interés en la adquisición del bien y a disfrutar del mismo, operando la seguridad material de la que hablamos durante gran parte del trabajo.

26. Por último es necesario mencionar lo importante que sería dar a esta amalgama de figuras jurídicas el apoyo y difusión necesarios para que la sociedad en general goce de los beneficios que ofrece, y de esta forma sea una solución accesible y eficiente a sus necesidades, como ejemplo podemos decir que se le diera la difusión que en algún tiempo se le dió a través de la radio al testamento ológrafo.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO VALDIVIA, Luis. DERECHO DE LAS COSAS Y DERECHO DE LAS SUCESIONES, Editorial Cajica, Puebla, México. 1972.

BANUELOS SANCHEZ, Froylan. DERECHO NOTARIAL, INTERPRETACION TEORIA PRACTICA Y JURISPRUDENCIA. Cárdenas editor y distribuidor, México, 1970.

BATIZA, Rodolfo. EL FIDEICOMISO, TEORIA Y PRACTICA. Editorial Porrúa, S.A. México, 1960.

BATIZA, Rodolfo. PRINCIPIOS BASICOS DEL FIDEICOMISO Y LA ADMINISTRACION FIDUCIARIA. Editorial Porrúa S.A., México, 1977.

BERNAL MOLINA, Julián. PRACTICA Y TEORIA JURIDICA DEL FIDEICOMISO. Editorial Porrúa S.A., México, 1988.

BORJA SORIANO, Manuel. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Editorial Porrúa S.A., México, 1985.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. PROCEDIMIENTO REGISTRAL DE LA PROPIEDAD. Editorial Porrúa S.A., México, 1972.

DE PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa S.A., México, 1981.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. EL FIDEICOMISO ANTE LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURIDICO. Editorial Porrúa S.A., México, 1982.

GARCIADIEGO BAUCHE, Mario. OPERACIONES BANCARIAS. Editorial Porrúa S.A., México 1985.

GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. PATRIMONIO Y SUCESIONES. Editorial Cajica, Puebla, México. 1981.

IBARROLA, Antonio de. COSAS Y SUCESIONES. Editorial Porrúa S.A., México, 1977.

IBARROLA, Antonio de. DERECHO DE FAMILIA. Editorial Porrúa S.A., México, 1971.

LANDERRECHE OBREGON, Juan. NATURALEZA DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo IX. México, 1976.

BIBLIOGRAFIA

LEPAULLE, Pierre. TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LOS TRUSTS. Editorial Porrúa S.A., México, 1975.

MARGADANT S. FLORIS, Guillermo. EL DERECHO PRIVADO ROMANO. Editorial Esfinge S.A., México, 1983.

MUÑOZ, Luis. EL FIDEICOMISO MEXICANO. Editor y Distribuidor Cárdenas, México, 1973.

PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. DERECHO NOTARIAL. Editorial Porrúa S.A., México, 1981.

PETIT, Eugene. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. Traducción por D. José Ferrández González, Editora Nacional, México, 1966.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO IV, SUCESSIONES. Edición corregida y aumentada. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1975.

SANCHEZ MEDAL, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

URIBE, Luis F. SUCESSIONES EN EL DERECHO MEXICANO. Editorial Jus, S.A., México, 1962.

VILLAGORDOA LOZANO, Manuel. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO. Editorial Porrúa S.A., México, 1982.

VILLORO TORANZO, Miguel. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa S.A., México, 1966.