

146
res



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho

EL FIDEICOMISO
TESTAMENTARIO

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a:

DANIEL CARRION ALANIS

México, D. F. 1993



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA DE EXAMENES
EXAMENES PROFESIONALES

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.

INTRODUCCION

El fideicomiso es una institución jurídica que necesariamente implica un acto de confianza.

El elemento confianza en todo lo referente a los fideicomisos testamentarios, resulta ser aún más relevante y apreciable, además de no menos preocupante, debido a que toda persona que tiene algo "que dejar detrás de sí" refiriéndome a su patrimonio, no puede dejar al arbitrio de otras personas y mucho menos a la buena suerte, el futuro y destino de su patrimonio, el cual necesariamente es el resultado de un gran esfuerzo logrado durante su vida.

Que mejor que esta situación, sea prevista y planeada para cuando su titular haya fallecido y de ser posible sea conservado, administrado o invertido en favor de aquéllas personas que a juicio del "fideicomitente-testador" sean dignas de su consideración, ya sea por la gratitud que siempre hayan manifestado para con él, por su afecto, su honradez o su parentesco.

En la practica bancaria, actualmente existe una confusión en cuanto a que se considera como fideicomisos testamentarios, aquellos que no son constituídos mediante testamento. Ello complica su regulación.

Necesario resulta por tanto, definir claramente mediante un buen criterio de interpretación de los artículos y demás consideraciones doctrinarias su concepto, su naturaleza jurídica, el momento de su constitución, así como

sus fines, para de esta manera considerar y establecer medidas y disposiciones jurídicas que sean necesarias para el rescate de su sentido, su aplicación y se evite con ello, confusiones, además del entorpecimiento de la ejecución de toda disposición testamentaria, cuya finalidad es terminar con el estado de incertidumbre respecto del destino que pudiera tener su patrimonio familiar.

Esta es la razón principal de que haya nacido una especial inquietud de mi parte, por desarrollar el presente trabajo, esperando cumplir con las expectativas para los cuales fué creado, sometiénolo por lo tanto a la consideración de este honorable sínodo, el cual hará en la medida de lo posible, que uno de mis sueños sea convertido en realidad.

Ciudad de México, Noviembre de 1993.

INDICE

CAPITULO I DEL FIDEICOMISO

- 1. - ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO 1**
- 1.1.- Del Fideicomiso en el antiguo Derecho Romano.
 - 1.2.- Del fideicomissum romano.
 - 1.3.- De las sustituciones fideicomisarias y de los mayorazgos.
 - 1.4.- De la fiducia romana.
 - 1.5.- Del trust anglosajón.
 - 1.6.- Historia del fideicomiso en México.
- 2. - CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO 33**
- 2.1.- Concepto de patrimonio.
 - 2.2.- Concepto de propiedad.
 - 2.3.- De la titularidad y propiedad fiduciaria.
 - 2.4.- Diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso.
 - 2.4.1.- El fideicomiso como un mandato irrevocable.
 - 2.4.2.- El fideicomiso como un negocio fiduciario.
 - 2.4.3.- El fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad.
 - 2.4.4.- El fideicomiso como un acto unilateral de voluntad.
 - 2.4.5.- El fideicomiso como patrimonio autónomo.
 - 2.4.6.- El fideicomiso como régimen de propiedad.
- 3. - LOS ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO, SU CONTENIDO Y SU EXTINCION 57**
- 3.1.- Elementos del fideicomiso.
 - 3.1.1.- El fideicomitente.
 - 3.1.2.- El fiduciario.
 - 3.1.3.- El fideicomisario.
 - 3.2.- Contenido del fideicomiso.
 - 3.2.1.- Obligaciones, facultades y derechos del fideicomitente.

A.- Derechos del fideicomitente.	
B.- Obligaciones del fideicomitente.	
3.2.2.- Obligaciones, facultades y derechos del fiduciario.	
A.- Derechos del fiduciario.	
B.- Obligaciones del fiduciario.	
C.- Prohibiciones al fiduciario.	
3.2.3.- Obligaciones, facultades y derechos de los fideicomisarios.	
A.- Derechos del fideicomisario.	
B.- Obligaciones del fideicomisario.	
4. - DEL COMITE TECNICO DEL FIDEICOMISO	89
5. - TIPOS DE FIDEICOMISOS	90
6. - EXTINCION DEL FIDEICOMISO	93
6.1.- Causas de extinción conforme a la ley.	
6.2.- Causas de extinción conforme a la voluntad de las partes.	
7. - CONSECUENCIAS DE LA TERMINACION DEL FIDEICOMISO	97

CAPITULO II DEL TESTAMENTO

1.- NATURALEZA JURIDICA Y CONCEPTO DEL TESTAMENTO	101
1.1.- Naturaleza jurídica del testamento.	
A.- La sucesión.	
B.- Los tipos de sucesión.	
C.- Diferencia de los actos "mortis causa" con los actos "inter vivos" cuyos efectos se postergan hasta la muerte.	
D.- Diferencia entre sucesión "mortis causa" y sucesión "inter vivos".	
E.- De la herencia.	
1.2.- Concepto del testamento.	

2.- CARACTERISTICAS Y TIPOS DE TESTAMENTOS 115

- 2.1.- Testamentos ordinarios.
- 2.1.1.- Testamento público abierto.
- 2.1.2.- Testamento público cerrado.
- 2.1.3.- Testamento ológrafo.
- 2.2.- Testamentos especiales.
- 2.2.1.- Testamento privado.
- 2.2.2.- Testamento militar.
- 2.2.3.- Testamento marítimo.
- 2.2.4.- Testamento otorgado en país extranjero.

3.- DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS 120

4.- DE LA INSTITUCION DE HEREDERO 121

5.- DE LA PARTICION Y LA ADJUDICACION DE LA HERENCIA 124

CAPITULO III DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

1.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO .. 127

- 1.1.- El fideicomiso testamentario como un contrato determinado.
- 1.2.- El fideicomiso testamentario constituído por la propia sucesión.
- 1.3.- El fideicomiso testamentario como contrato que de celebrarse despues de la muerte del fideicomitente-testador.
- 1.4.- El fideicomiso testamentario como contrato sujeto a término suspensivo.
- 1.5.- El fideicomiso testamentario como declaración unilateral de voluntad.
 - A.- Postura mercantilista.
 - B.- Postura civilista mercantilista.

2.- TIPOS DE FIDEICOMISO TESTAMENTARIO	138
2.1.- Fideicomisos cuasi-testamentarios.	
2.2.- Fideicomisos propiamente testamentarios o testamentarios.	
3.- ASPECTO PROCESAL DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO	141
4.- CONSIDERACIONES RESPECTO A LA TRAMITACION DE LOS BIENES POR TESTAMENTO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES	144
5.- REGIMEN FISCAL APLICABLE	156
5.1.- Régimen fiscal aplicable a los fideicomisos testamentarios.	
5.2.- Régimen fiscal aplicable a los fideicomisos cuasi-testamentarios.	
6.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO	155
7.- CONCLUSIONES	158
BIBLIOGRAFIA	155

CAPITULO I

DEL FIDEICOMISO

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

1.1.- Del fideicomiso en el antiguo Derecho Romano.

Debido a un sinnúmero de opiniones encontradas respecto al origen histórico del fideicomiso por parte de los tratadistas y considerando que la presente exposición representa uno de los problemas más controvertidos, todavía insolutos en la historia del derecho; no será mi finalidad en el presente capítulo, de llegar a determinar con precisión el origen histórico de ésta institución, concretándose exclusivamente, sólo a señalar la importancia que ha tenido la gestación de ésta figura jurídica dentro de las civilizaciones que son consideradas históricamente como las más representativas de los sistemas actuales del derecho moderno, considerándose para tal efecto, el momento histórico reinante y las problemáticas existentes que generaron necesariamente la evolución conceptual del término fideicomiso, sirviendo ésta exposición a su vez, como base para el análisis del desarrollo histórico del fideicomiso testamentario, que sí resulta ser el objeto de nuestro estudio.

La existencia de antecedentes históricos en el antiguo derecho romano, que nos muestran de forma clara y precisa, la regulación de lo que podríamos afirmar, ser los antecedentes romanísticos del fideicomiso, los cuales, no siendo los únicos antecedentes en la evolución de ésta figura jurídica, como se verá en su oportunidad, nos hacen reflexionar: en la vital importancia que guarda relacionar éste tipo de sucesos para llegar a la conclusión de que no obstante pudiendo parecernos similar el origen histórico del fideicomiso en sus raíces anglosajonas con las del fideicomiso testamentario, éste último, tiene su antecedente directo del fideicomiso hereditario romano.

1.2.- Del fideicomissum romano.

FIDEICOMISSUM: término proveniente de las raíces etimológicas latinas "Fides" y "Committere", que significan fé y encomendar respectivamente, alude al nacimiento de una figura jurídica cuya razón de ser fué la necesidad de evadir una serie de restricciones que la ley romana establecía en materia de sucesiones.

Al respecto nos comenta Ruford G. Patton: "las leyes romanas habían establecido numerosas incapacidades para heredar por testamento, quedando excluidos del beneficio de toda disposición testamentaria, los libertos dediticios, los libertos juniani, las municipalidades, los colegios, los pobres, los póstumos extraños y, en general las personas inciertas, los extranjeros, los habitantes de las provincias que no gozaban de los derechos de ciudadanía, los proscritos, los solteros, los casados sin hijos en la proporción designada por la ley Papia Poppea, y por último, las mujeres aún siendo ciudadanas, en los casos determinados por la ley Voconia". (1)

De lo anterior se desprende, la imperiosa necesidad que se tuvo de crear un

(1) Patton, Ruford g. "Historia del fideicomiso en el Derecho Romano", en revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico, v. XXVIII, nov.- dic. Puerto Rico 1958, núm. 2. p.149.

nuevo modelo jurídico, que fuese capaz de evitar, de alguna forma, el verse truncada la voluntad del testador, en todo lo relativo a la libre disposición de sus bienes, para después de su muerte.

Frente a esas limitaciones establecidas por la Ley Romana que mermaron considerablemente la capacidad para heredar, surgió como una solución ante esa problemática, la creación y por consiguiente la aparición de una nueva figura jurídica denominada:

"Fideicomissum", la cual consistió, como lo señala el mismo Patton: "en el encargo que el testador encomendaba a un amigo, apto para heredar, con el fin de que ejecutara su última voluntad, descansando el cumplimiento de esa comisión, en la fé hacia el fiduciario, quien se preocupaba de hacer llegar los bienes a manos de los verdaderos beneficiarios, quienes por circunstancias especiales no podían recibirlos directamente". (2)

Nótese, que dicha encomienda o comisión a cargo de la persona apta para ejecutar la última voluntad del testador, descansaba sobre una atmósfera de extrema confianza al tratarse como lo señala el mismo Patton, de un "amigo" y que por tanto se situaba en el supuesto de tratarse de una persona digna de tenerse fé, siendo posible encomendársele tal misión, sin que por ello, se nos asegure el éxito del cumplimiento de esa tarea ya que carecía como lo veremos más adelante, de una acción judicial que pudiese hacer exigible ésta obligación.

Considero oportuno el transcribir, la forma en que solían los ciudadanos romanos pedir ésta encomienda, para darnos cuenta de esta manera, que realmente no se trataba de una mera solicitud formalizada que realizaba el testador y que necesariamente implicaría dar una respuesta afirmativa y segura por parte del heredero instituido para quedar perfectamente formalizado el cumplimiento del

(2) *Idem* p. 152.

fideicomissum; sino, más bien, nos encontrábamos frente a una especie de ruego, de súplica, que el testador hacía a un compañero carente de exigibilidad y que lo dejaba siempre en la incertidumbre de no verse cumplidos sus deseos.

El traductor de Gayo en las Institutas nos refiere lo siguiente:

"Las palabras que se consideran más usuales para establecer un fideicomiso, son las siguientes: "PIDO, RUEGO, QUIERO, CONFIO EN TU BUENA FE" (peto, rogo, volo, fidei committo) cada una de éstas palabras empleadas separadamente tienen el mismo valor que si se les empleara a todas ellas juntas.

Por lo tanto, si escribiésemos: "TITIUS, SE HEREDERO" (Titius heres esto), podemos agregar: "Te ruego LUCIUS TITIUS Y TE PIDO QUE TAN PRONTO COMO ACEPTES MI HERENCIA, SE LA DEVUELVAS Y LAS RESTITUYAS A GAIUS SEIUS" (Rogo te, Luci Titf, ut cum primun possis hereditatem mean adire eam, Gaio Seio reddas restituas)". { 3 }

Eugene Petit, analizando también este antecedente del fideicomiso, no nos aporta una definición del mismo, más bien, se refiere al contenido de éste en los términos siguientes:

"Cuando un testador quería favorecer a una persona la cual no tenía la testamenti factio, no tenía otro recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular o bien la sucesión en todo o en parte; es lo que se llama un "fideicomissum", a causa de los términos empleados: rogo, fideicommitto, al heredero gravado se le llama fiduciario; y aquél a quien restituya, fideicomisario." { 4 }

{ 3 } *Gayo, Institutas, Lib. II, Tit. XXIII, p. 20.*

{ 4 } *Petit Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Ed. Epoca, México 1977 p. 579.*

De lo anteriormente señalado, salta a la vista el carácter del "fideicomissum", que resultaba, en principio, encontrarse carente de fuerza, de obligatoriedad, de legalidad y de exigibilidad debido a la falta de una regulación adecuada que lo sustentará. Tendiente más bien a refugiarse en la apreciación moral o intuición, que pudiese llegar a tener el testador para escoger a la persona indicada, que cumpliría con los deseos encomendados por el mismo, radicaba en una súplica su valor posible de efectividad.

Eugene Petit viene a confirmar lo mencionado cuando nos dice: "Semejante disposición (refiriéndose al "fideicomissum"), no tenía nada de obligatoria civilmente; era un asunto de conciencia y de buena fé para el heredero fiduciario." (6)

Lo mismo nos dice Floris Margadant al indicar que el "fideicomissum" era: "una súplica dirigida de un fideicomitente a un fiduciario para que entregara determinados bienes a un fideicomisario". (6)

El Fideicomissum, no hubiera tenido tanta trascendencia como la tuvo y la tiene en este momento, si solamente se hubiese considerado como un simple convenio celebrado entre dos personas, sujeto al concepto que del honor y buena voluntad tuviese el obligado moralmente, así como de su disposición para llevar a cabo el cumplimiento del encargo que le había sido encomendado por el testador.

Era indispensable darle la forma necesaria al "fideicomissum", para podersele considerar como una obligación moral perfectamente exigible y no una simple súplica carente de exigibilidad.

La respuesta no se hizo esperar y Patton, analizando el sentido de ésta obligatoriedad, al efecto nos señala lo siguiente: " Poco a poco la opinión se puso de parte de los fideicomisos, cada vez más frecuentes, y les prestó su atención,

(5) *Ibid.* p. 580.

(6) *Floris Margadant, Guillermo, El Derecho Privado, 6a. ed. Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1975, pág. 288.*

comunicándoles esa fuerza incontrastable que acompaña a toda costumbre: para la generalidad, era deber de todo ciudadano a quien se hacía un encargo de ésta especie, aceptarlo y cumplirlo lealmente, mientras no fuese contrario al texto de las leyes; los más escrupulosos juzgaban que aún en ese caso se debían de ejecutar; hasta los pretores que, como órganos del derecho escrito, tenían que desestimar las demandas de los fideicomisarios; reprobaban sin embargo como particulares y como jurisperitos, al fiduciario sin conciencia que se acogía al seguro de la ley para lucrarse con la mengua de la voluntad del testador y acaso de la fé jurada sobre el lecho del moribundo". (7)

Así mismo, coinciden diversos autores en que fué tanta la popularidad de ésta institución, que la opinión pública condenaba frecuentemente al fiduciario que dejare de cumplir su encargo, dando por resultado, como consecuencia lógica de su importancia, el que los emperadores manifestarán su interés en favor de la tutela jurídica del fideicomisum; como fué el caso del emperador Justiniano Augusto, quién ordenó a sus cónsules, intervenir en las ejecuciones de los fideicomisos.

Al efecto nos señala R. Patton y J. Alfaro que tal intervención fué tomando poco a poco un carácter de jurisdicción permanente hasta que al fin se creó un pretor especial denominado "praetor fideicommissarius" ante el cual comparecía el querellante y aquél por medio de un procedimiento extra ordinem, ordenaba la ejecución del fideicomiso. (8)

De igual forma nos comenta al respecto Petit: " Bajo Augusto la inejecución habiendo ofendido muy manifiestamente la opinión pública, el emperador los hizo ejecutar por la intervención de los cónsules. Esta medida pasó en el derecho, y se creo hasta un pretor especial, praetor fideicommissarius, para ocuparse de los fideicomisos". (9)

(7) Patton Ruford, g. op. cit. pág. 150.

(8) Idem, p. 151.

(9) Petit, op. cit. p. 579.

En una segunda etapa, la forma tradicional de constituir fideicomisos por mortis causa o hereditarios fue mediante el clásico testamento romano, revestido considerablemente con sus propias formalidades ya instituidas, ya reguladas y desarrolladas inclusive, a lo largo de varios años en el Derecho Romano.

Era necesario para la validez del testamento romano reunirse los requisitos de forma que se exigían, además de ser capaz el testador de hacer testamento; el heredero de recibir la herencia, el legatario de recibir el legado y los testigos que fungieron como tales. (10)

El ciudadano romano no podría hacer sus disposiciones testamentarias sino mediante el testamento romano por medio de las fórmulas establecidas y en la lengua nacional que era la lengua latina.

Visto el rígido formalismo romano para constituir y dejar testamentos, el ciudadano romano recurría fundamentalmente para superar la carencia de testamenti factio pasiva de las personas que querían favorecer a la constitución de fideicomisos, en su testamento o en codicilos confirmados por el propio testamento, en virtud de los cuales dejaba toda la herencia o una cosa específica de la misma a los fideicomisarios designados. Los fideicomisos se llegaron a equiparar a las instituciones de heredero o a los legatarios por testamento; según se trate, en el primer caso, de un fideicomiso que tuviera por objeto toda la herencia o una cuarta parte de la misma y que en derecho romano se conoce como herencia fideicomisaria y en la terminología moderna como fideicomiso universal; o bien el fideicomiso, se asemeja a los legados cuando tenía por objeto cualquier cosa que no representara una parte alcuota de la herencia y que en derecho romano se conoce como fideicomiso singular y en la terminología moderna como fideicomiso particular. (11)

(10) *Floris, op. cit. p. 504.*

(11) *Vejar Valdés, Carlos, "Aportación del Fideicomiso Hereditario Romano a la configuración actual del Fideicomiso Mexicano", en la Revista, de la Asociación de Banqueros de México, junio de 1980, p. 248.*

Cabe señalar que en ésta especie de fideicomiso, el fiduciario se asemejaba bajo cierto punto de vista al heredero, debido a que tomaba parte en todos los derechos activos y pasivos de la herencia y era como una especie de heredero universal de la masa hereditaria del testador.

Fué mediante el senado consulto Trebeliano en el gobierno de Nerón (año 62 DC) por virtud del cual, el fideicomisario se asemejó a un heredero y las acciones hereditarias le fueron transmitidas de pleno derecho, evitando con ello la omisión e insuficiencia de la Ley al considerar como heredero al fiduciario en la continuidad de la persona del difunto que anulaba por completo el derecho a exigir la restitución de la herencia por parte del beneficiario.

Paulatinamente el fideicomisum romano fué siendo equiparado a una especie de carga o gravamen impuesto a la persona del heredero pues tenía éste que cumplir con la voluntad del testador. Pero llegaron a hacerse frecuentes estos encargos a los herederos, quienes en algunas ocasiones se concretaban a entregar los fideicomisos parciales que le fueron encargados y corriendo el riesgo de que no alcanzaran mas bienes para ellos. Ante tal situación, en el reinado de Vespasiano se concede al heredero instituido, gravado de fideicomisos universales o particulares, absorbiendo la totalidad o la mayor parte de la sucesión, el derecho de retener el cuarto como se lo permitía la ley Falcidia en presencia de legatarios, a través del llamado senado consulto "Pegasiano". Con ésta disposición el fideicomisario universal, ya no lo era de la totalidad de la masa hereditaria sino solo de los tres cuartos de la herencia, ya que debía dejar un cuarto al heredero, por lo que el fideicomisario universal deja de asimilarse al heredero como lo determinaba el senadoconsulto Trebeliano, sino que quedaba asimilado a un legatario parciario y corría riesgo de insolvencia pues la cuarta se calculaba sobre el activo neto y se dejaba al heredero lo suficiente para pagar las deudas del difunto. (12)

(12) *Petit, op. cit. p.p. 580-582.*

Posteriormente con las reformas de Justiniano las cuales suprimieron las disposiciones del senado consulto Pegasiano y conservaron las del Trebeliano se dieron nuevas directrices a la figura del fideicomisario y del fiduciario:

1.- El fideicomisario de herencia es siempre heredero, haya sufrido o no la reducción de la cuarta y no un simple legatario.

2.- El fiduciario, es decir el heredero, tiene siempre el derecho de retener la cuarta, salvo cuando se hace adición por orden del pretor. Si por error ha restituido todo puede reclamar lo que haya pagado de más.

3.- El fideicomisario adquiere un derecho real como legatario, en lugar de un derecho de crédito y no tiene por que temer la enajenación o la hipoteca consentidas por el fiduciario sobre los bienes de la sucesión. El tiene la reivindicación contra los terceros adquirentes aún de buen fe del día en que la restitución deba tener lugar a su beneficio. Los terceros no pueden prevalecerse contra él ni de la usucapión ni de la praescriptio longi temporis. (13)

Ya hemos visto que en un principio el fideicomisum quedaba incluido en la forma de heredar, es decir por "mortis causa" era posible constituirlo y que además se utilizaba como lo apunta el traductor de la obra de Gayo para transmitir cosas singulares como lo eran el dinero, los fundos, etc., así como un medio para liberar a un esclavo rogando al heredero o al legatario manumitirlo." (14)

En la forma de pactarse y formalizarse el fideicomiso testamentario también sufrió modificaciones, y al efecto Petit al igual que Ruford G. Patton coinciden en que no era indispensable la elaboración del fideicomiso por medio de testamento: "Se permitía hacerlo por medio del codicillo, (instrumentos consignados en tablillas) al

(13) *Idem*, p. 582

(14) *Institutes*, op. cit. pág. 27.

referirse Justiniano en el título XXV, del codicillis que hallándose Lucio Léntulo moribundo en Africa, escribió varios codicillos en los cuales pedía a Augusto por medio del fideicomiso la ejecución de ciertas mandas y que el Emperador cumplió con el encargo después de haber consultado a varios jurisconsultos notables...." (15)

El codicilo fué un instrumento que se sumó al nacimiento del fideicomiso testamentario y al efecto narra el tratadista Eugene Petit:

"Los ciudadanos que fueron los primeros en sujetarse a la buena fe de un heredero testamentario ab intestato para ejecutar un fideicomiso utilizaron una manera de consignar su voluntad sobre tablillas, sin emplear las formalidades de los testamentos". (16)

Por último, durante la evolución del fideicomisum testamentario, se presentaron diversos tipos, modalidades o formas en que éste podía llegar a constituirse:

a).- Podía dejarse no solamente en un testamento como los legados, sino también en un codicilo.

b).- El fideicomiso podía dejarse incluso verbalmente con base en la buena fe del fiduciario.

c).- Podía dejarse a cargo del heredero, de un legatario o de un fideicomisario.

d).- Podía estar escrito en griego o hasta en un simple signo. Con Theodosio, se exigió que si se carecía de escrito, se requería del testimonio de por lo menos cinco testigos. Justiniano permitió que el heredero, legatario o fideicomisario

(15) Patton, Ruford, *op. cit.* pág. 150.

(16) Petit, *op. cit.* p.p. 583-584.

gravado jurara en lugar del fideicomisario favorecido, una vez que éste último jurarano actuar con espíritu de embrollo.

e).- Podía recogerse hasta por una persona privada de la testamenti factio o del ius capiendi, pero algunos senado consultos habidos bajo Adriano prohibieron dejar fideicomisos a los peregrinos y a las personas inciertas, a los célibes y a los orbis.

f).- El fideicomisario, solo adquiría un derecho de crédito. Su acción la ejercía frente al pretor. Fué con Augusto después de las guerras púnicas, que se creó un pretor especial llamado praetor fideicommissarium quien se ocupaba de la ejecución de los fideicomisos.

g).- El testador después de haber instituido a un heredero, no tenia derecho a disponer de nuevo de su patrimonio, en todo o en parte por institución o por legado en beneficio de otra persona para el momento en que su heredero muriese. pero podía rogar a este heredero restituir a su muerte a una persona designada, la totalidad o una parte de la sucesión. Este fideicomiso se dejaba casi siempre primero a cargo del heredero, después, a cargo del primer fideicomisario y así sucesivamente a manera de obtener una serie de restituciones teniendo cada una por fecha, la muerte de la persona gravada. Estos fideicomisos se hicieron frecuentes en la época Imperial, por la ventaja de que se podía designar por anticipado al fideicomisario del fideicomisario, determinando así el destino que tomarían los bienes en las futuras generaciones, ya que las sustituciones fideicomisarias no eran posibles en materia de herencias y legados. (17)

h).- Nos señala Patton: "El fideicomiso podía ser puro o condicional, a día cierto, particular o universal y simple o gradual. Los herederos naturales tenían derecho como fideicomisarios a reclamarlos en caso de enajenación o asignación a terceros extraños. La forma gradual representa tal vez la evolución más interesante del

(17) *Ibidem*, p. 586.

fideicomiso." (18)

Se permitía por ejemplo, instituir como heredero a persona determinada, con la prohibición de no enajenar ciertos bienes raíces, y quedar de ésta forma, comprendidos dentro del patrimonio familiar, evitando su salida a través de futuras ventas.

A su vez, se le imponía al fideicomisario, la obligación de instituir como su heredero, a una persona, que lo sucedería bajo las mismas condiciones. Así surgió el fideicomiso gradual, que permitió la vinculación de bienes en la familia, transmitiéndolos de un primer sucesor a un segundo, de éste a un tercero y así indefinidamente, de generación en generación." (19)

Como se puede observar fácilmente, éste tipo de fideicomisos graduales ligaban la propiedad de ciertos bienes en una sola familia. Esta situación dio por resultado el nacimiento de una nueva figura jurídica que se denominó "las sustituciones fideicomisarias" y éstas a su vez, las instituciones denominadas "los mayorazgos".

1.3.- De las sustituciones fideicomisarias y de los mayorazgos.

En la Edad Media se manifiesta la sustitución fideicomisaria a través del mayorazgo, sustituyendo al fideicomiso romano, que para el criterio de ciertos doctrinarios, fué el antecedente de nuestro fideicomiso.

Se ha definido al mayorazgo como una institución jurídica en cuya virtud el primogénito, varón (masor natu), por su calidad filial, tiene el derecho de suceder en todos sus bienes a su progenitor, con la única salvedad o condicionante de heredar bajo las mismas circunstancias, el primogénito de éste.

(18) *Patton, Ruford g. op. cit. p. 151.*

(19) *Ibidem. p. 152.*

La situación que reinaba en la Edad Media fué causa de que el señor feudal a fin de mantener su fuerza política y económica que servía de contrapeso al poder del monarca, quisiera perpetuar sus propiedades dentro de su descendencia familiar, ya que la distribución equitativa de sus riquezas y posesiones entre sus hijos, habría disgregado sus bienes, aminorando su poder sobre sus vasallos y debilitando su situación frente al monarca. (20)

En España nació el mayorazgo bajo un derecho consuetudinario, y se instituyó por primera vez en el testamento de Enrique II de Castilla en el año de 1379; posteriormente en el año de 1505, se creó la norma jurídica que lo regularía: Las Leyes de Toro.

Posteriormente con la ley de 27 de septiembre de 1820 se suprimieron los mayorazgos y aunque se restablecieron tiempo después, fué en 1830 con la Ley del 30 de agosto cuándo definitivamente se reconoció el derecho de transmitir libremente sin restricción alguna los bienes.

Importante resulta hacer referencia de ésta institución, por encontrar en ella, una similitud o un parecido casi total de lo que actualmente se conoce por relación fiduciaria; el señor feudal (fideicomitente) transmitía la propiedad de sus bienes a su hijo (fiduciario) con la consigna de que los administrara y conservara, destinándolos a un fin determinado que se traducía en la obligación del heredero de transmitir el dominio de los bienes por él heredados, en beneficio de el nieto primogénito del testador y de ésta forma salvaguardar el patrimonio familiar.

La diferencia esencial como lo apunta Ruford G. Patton radica en que el fideicomiso puro y simple es una forma de asignar la herencia o el legado mientras que la substitución fideicomisaria entraña el establecimiento perpetuo o prolongado de un orden de sucesión. (21)

(20) *Bauche GarcíaDiego, Mario "Operaciones Bancarias", Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1967, 1ª edición, pág. 322.*

(21) *Patton, op. cit. p. 323.*

1.4.- De la fiducia romana.

Pompeyo Claret refiriéndose al pacto fiduciae nos dice: "Es un contrato por el cual aquél que recibe la propiedad de una cosa queda civilmente obligado a restituirla en circunstancias previamente determinadas". (22)

La fiducia consistió básicamente en un convenio, por medio del cual se hacía la transmisión de la propiedad de forma legal, obligando al adquirente a restituir la misma, toda vez que fueran cumplidas y satisfechas las condiciones que previamente se habían convenido, evitando con ello que el enajenante careciera de acción suficiente para exigir la restitución de la cosa.

Existieron dos tipos de pactum fiduciae:

La fiducia denominada: "fiduciae cum amico" la cual como su nombre lo indica, era celebrada entre amigos y consistía en exigir, le fuese devuelta la cosa después de haberse servido de ella el adquirente (comodato); así como la consistente en la mera solicitud de devolución de la cosa objeto del pactum fiduciae después de cumplirse la condición previamente pactada (depósito).

En los casos en que se cubría el importe de una deuda que previamente se había garantizado mediante este tipo de figura y le era la restituida la propiedad al cedente, nos encontrábamos ante la "fiducia cum creditore".

Lo fundamental de analizar este tipo de institución radica principalmente en analizar la importancia de la restitución de la cosa cedida, de la transmisión de su propiedad, que lógicamente durante la etapa de su desarrollo, generó preocupaciones de como resolver los gastos de conservación y de custodia que pudiese generar tal

(22) Pompeyo Claret y Martí. *De la Fiducia y del Trust*. en *Revista Mensual de Divulgación Financiera y Contable*, vol. XI, n. 11 nov. 1944 México, D.F., p.8.

transmisión, de lo cual se desprende que existe una relación directa de lo que posteriormente analizaré en este mismo capítulo, referente todo ello, al contenido de los elementos del fideicomiso, es decir todo lo relativo a las principales facultades, obligaciones y derechos que se deben recíprocamente las partes en un fideicomiso.

Según afirmación de Arangio Ruiz (23), la aparición en Roma de la fiducia se presenta como una de las primeras formas de garantía real, anterior inclusive a la prenda y la hipoteca. Por virtud de ella se transmitía una cosa por la mancipatio, o in iure cessio al acreedor, para garantizarle su crédito; pero éste, a su vez, adquiría el compromiso de restituir aquella, lograda que fuera la finalidad perseguida. El compromiso del acreedor era reforzado por medio de un pactum fiduciae, o sea, una cláusula mediante la cual se obligaba a remancipar la cosa.

Por ello se le conceptualizó como: "Aquella mancipatio, forma solemne de transmitir la propiedad, hecha con la obligación del accipiens quien la recibía, de remanciparla. Esta definición se desprende de las Institutas de Gayo, citado por José Manuel Villagorda, quien la describe: "Nam qui rem alicui fiduciae causa mancipatio dederit vel in iure ceserit". (24)

Consistía en una mancipatio o in iure cessio como formas solemnes de transmitir la propiedad acompañadas de un pacto o pactum fiduciae mediante el cual, el accipiens, quien recibía la propiedad del bien, se obligaba a la vez frente al tradens, de transmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio tradens o a una tercera persona. (25)

Dos eran los pacta fiduciae cultivados por los romanos: la fiducia cum creditore, por virtud de la cual, se enajenaba un bien para garantizar un crédito con la obligación del adquirente de reintegrarlo cuando el fiduciante hubiere cumplido con la

(23) Arangio Ruiz, cit. por Carranza, Jorge A. *Negocio Fiduciario*, Enciclopedia Jurídica Omeba, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, t. XX, p. 213.

(24) Villagorda Lozano José Manuel, cit. por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *El fideicomiso ante la Teoría general del negocio jurídico*, 3a. ed. Ed. Porrúa, S.A., México, 1982, pág. 174.

(25) *Ibidem*, p. 175.

obligación garantizada, al lograrse el objetivo pretendido por el pactum; y la fiducia cum amico, fórmula adecuada para transmitir el dominio de algo a un depositario o mandatario, adquiriendo uno u otro el compromiso de destinar el objeto de la transmisión, a una finalidad específica. (26)

1.5.- Del trust Anglosajón.

Numerosos tratadistas afirman que el antecedente directo del trust anglosajón fue el uso: "use"; al efecto Maitland nos señala que éste, consistió en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, (feoffes to uses), quién las poseería en provecho de un beneficiario denominado "cestui que use", buscando obtener mediante ésta figura determinados propósitos tales como la exacción de ciertos tributos feudales así como la no aplicación de la ley de las manos muertas (statues of mortmain). Otros en cambio, señalan que el origen del trust anglosajón resulta ser incierto, atribuyéndosele un sinnúmero de orígenes de entre los cuales destacan: el origen germánico, el aborígen, el romano, el indeterminado, etc.

Ahora bien, históricamente el trust como lo dicen algunos tratadistas, tuvo su particular desarrollo partiendo primero con el "use" hasta convertirse a través de varios siglos de gestación, en una institución jurídica: " Sin entrar a determinar los orígenes remotos del "trust" o fideicomiso del derecho angloamericano, lo cierto es y en esto coinciden la totalidad de los autores, que éste interesante instituto surgió directamente de otro muy importante en el derecho feudal inglés y que era conocido con el nombre de "uso" (use). (27)

El contrato denominado "Trust" tuvo su origen en Inglaterra; su aparición en el derecho inglés se explica a partir de los siguientes antecedentes:

(26) Kaser Max, *Derecho Romano Privado*, Madrid 1968 trad., esp., a la 5ta. ed. al., Ed. Reus Madrid, 1968, p.112.

(27) Rebase Oscar, *El derecho Angloamericano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1944, p. 270.

1.- Con el objeto de evitar una posible confiscación de bienes, por motivos políticos o a los efectos de eludir acreedores o evitar el pago de determinados tributos feudales, era frecuente que una persona simulara la venta de sus bienes a un amigo, estipulando que pasado el peligro, los bienes serían restituidos a su legítimo dueño, en caso de muerte o ausencia de éste, a sus herederos o personas que designase.

Como en la mayoría de los casos, el amigo desleal no cumplía el contrato, es decir, no restituía los bienes y además las apariencias legales favorecían a éste, se tuvieron que constituir los tribunales de conciencia, los cuales reconocieron la validez de tales pactos y condenaron a la rendición de cuentas y a la devolución de los bienes a las personas obligadas.

"...los propietarios estilaban ceder la propiedad de sus tierras a una tercera persona para que "en confianza" (in trust), la poseyera para el uso y beneficio ya sea del propio cedente o de sus herederos. Este instituto de los usos fué muy popular y particularmente durante las cruzadas fueron innumerables los que se crearon...

El beneficiario del uso no era considerado el dueño de la tierra y de sus derechos a gozar del uso o beneficio de la misma, dependían pura y exclusivamente de la honorabilidad del adquirente fiduciario (feoffee to use; el equivalente del actual trustee o fiduciario). El propietario legal de la tierra era el adquirente fiduciario, y si bien es cierto que éste no recibía la cosa para su uso o beneficio, no existía ningún remedio legal en el antiguo derecho inglés para el caso en que el fiduciario desconociese los derechos del beneficiario...." (28)

En torno a esta figura nuevamente podemos darnos cuenta de la existencia de un común denominador que es posible encontrarlos en los antecedentes históricos que hasta ahora hemos relacionado, denominado "confianza" y que, como se verá en su oportunidad, resulta ser uno de los elementos fundamentales sobre el cual descansa

(28) *Idem.* p. 271.

el deseo de constituir por parte de todo testador, el llamado fideicomiso testamentario.

2.- Para otros, fué el clero quien introdujo ésta fórmula, a través de los monjes franciscanos, cuya orden les tenía prohibido poseer propiedades territoriales, pero no así recibir el beneficio de éstas, sirviéndose de ésta figura para eludir la alta tasa arancelaria de la Ley de Manos Muertas (statues of mortmain), promulgada en 1217 y expedida en diferentes épocas hasta el reinado de Enrique VIII, cuyo objeto consistía en evitar la acumulación de la riqueza en manos de la Iglesia debido a una serie de declaraciones por parte de ella de que por tener ésta vida eterna, sus bienes eran inalienables. Fué de esta manera que durante esta época un gran número de propiedades, se encontraron fideicomitadas en favor de monasterios franciscanos.

3.- Otro antecedente nos hace pensar en la posibilidad de tener el trust su origen, con motivo de la guerra suscitada entre las casas de Lancaster y York, que obligaban a los soldados que iban a la guerra, a designar una persona que les administrara sus propiedades durante su ausencia y no perderlas por éste motivo.

Tanto en el nacimiento como en el desarrollo del "use" y del trust debe observarse, nos dice Clark, lo siguiente: 1º las condiciones existentes anteriores a las leyes de manos muertas y sus efectos; 2º. las leyes de manos muertas y sus efectos; 3º. su evasión por medio del "uso"; 4º la ley sobre "usos"; y 5º, la invención del "trust".

En lo cual coincide Scott, al decirnos que el período comprendido entre la aparición de los usos y la plena integración del trust, puede describirse a través de cuatro períodos más o menos definidos: iniciándose el primero de ellos con el primitivo empleo de los usos, los cuáles consistían en obligaciones de carácter moral, cuyo cumplimiento quedaba a la buena fé del prestamista ó feoffee: el beneficiario ó "cestui que use" carecía de derechos protegidos por el orden jurídico a cambio de lo cual se encontraba libre de tributos y cargos que pesaban sobre la propiedad. Los tribunales

quedaban en una actitud neutral, sin intervenir pero tampoco oponerse. El parlamento al contrario, se vio en la necesidad de legislar para impedir que los usos sirvieran a propósitos abiertamente contrarios al orden público y en 1376 se prohibieron las transmisiones en fraude a acreedores, por las que una persona se reservaba el uso de la cosa y al año siguiente se promulga una ley que sancionaba con nulidad los actos en que el despojante (disseisor) de tierras transfería a lords u otros magnates o a personas desconocidas para su propio uso, imposibilitando o dificultando así la restitución al verdadero dueño; en 1391 se amplía la aplicación de las leyes de manos muertas que decretaban a favor del soberano la confiscación de tierras transferidas a corporaciones religiosas, para cubrir la situación en que la transferencia se hiciera al uso de dichas corporaciones. (29)

La segunda época o período, se extiende de principios del siglo XV a la promulgación de la Ley de los Usos en el siglo XVI:

En el siglo XV, había una notoria rigidez en lo que respecta al sistema normativo aplicado por los tribunales del common law; si una causa de pedir no encuadraba en el "writ original" procedente, los tribunales veíanse en la imposibilidad de suministrar recurso alguno. Numerosas quejas llegaron a la cancillería y al consejo del rey contra feoffees infieles que, por no implicar incumplimiento a obligaciones jurídicas, escapaba al conocimiento de los tribunales del common law. Pero tales violaciones provocaron en el canciller, alto dignatario eclesiástico, un vivo deseo de hacer justicia y fué así como, desde mediados del siglo XV, interviene para obligar a los feoffees recalcitrantes a la observancia de sus obligaciones morales.

Para efectos prácticos, diversos cancilleres consideraban a los usos como derechos (estates) de equidad y no como simples derechos de crédito; se estimó que los usos eran susceptibles de cesión, estableciéndose además, que quienes reclamaran los bienes indicando el derecho legal del feoffe, tales como el comprador con conocimiento (notice) del uso, el albacea, el heredero y cualquier adquirente a título

(29) *Ibidem*, pág. 274.

gratuito, quedaban subordinados al uso.

En el transcurso de éste período los usos fueron utilizados con mayor frecuencia por los ocupantes de tierras (tenants) a fin de hacer nugatorios los privilegios feudales de los señores, los llamados "incidentes de la tenencial" (incidents of tenure).

Las onerosas cargas que representaban podían, al menos en parte, evitarse mediante la transmisión de las tierras a feoffees para el uso del ocupante, ya que no existía tenencia feudal de derechos de equidad; los usos sirvieron también como una forma de transmisión testamentaria de bienes inmuebles, prohibida por el régimen feudal, y el instinto innato de la naturaleza humana de hacer ésta clase de disposiciones tenía que imponerse, recurriéndose así a las enfeudaciones para el uso de los incapaces de adquirir por herencia. Minábanse de ese modo las bases de sustentación del sistema feudal. (30)

La tercera etapa abarca de 1535 a fines del siglo XVII, éste período es importante por que nos marca una nueva etapa del derecho de trust, ya que en ella se expidió la Ley de los Usos de 1535 lográndose mediante ésta ley: no decretar la ilegalidad de los usos, ni privar al cestui que use de su derecho de equidad (nueva instancia, que era la del Canciller del Rey, implorando por el amor de Dios, la justicia que había sido denegada por los tribunales del common law), sino que adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso. Dispuso, efectivamente, que cuando una persona estuviera en posesión dominical (seised), para el uso trust o confianza de una o varias personas o de alguna entidad política, a ellas correspondería en su integridad el derecho a los bienes, cesando la posesión dominical existente sobre los mismos. Así pues los usos no fueron prohibidos: conforme al tecnicismo legal que dejaba de tener un derecho de equidad, convirtiéndose en esa forma en el único dueño, en tanto que el feoffe to use venía a ser por completo eliminado.

(30) *Ibidem*, p. 283.

El efecto inmediato de la Ley de Usos parece haber sido satisfactoria para el rey, por haber logrado al ejecutarlos, la desaparición de los usos de tierras freehold. Durante algún tiempo, aún aquellos usos que afectaban las tierras no freehold, fueron excepcionales; pero los tiempos difíciles que sucedieron a la lucha entre Carlos I y sus súbditos provocaron un nuevo estímulo a la creación de los usos. Ya para entonces era evidente que la ley no comprendía ciertas situaciones. (31)

El cuarto y último período comprende el desarrollo del trust moderno: debido a que surgieron situaciones que la ley no previó como lo fué en el caso de que los del common law y los cancilleres coincidían en cuanto a que la aplicación de la ley no debía extenderse más allá de su texto literal, de ahí que se reconociera en ciertas situaciones que el título legal no se había desplazado a favor del dueño en equidad, es decir, que el uso no había sido ejecutado. En primer término, a los pocos años de promulgada, se sostuvo que la ley era inaplicable a los usos "activos", es decir cuando todavía le correspondía al feoffe la obligación de hacer los cobros y entregar los productos de la cosa, al cestui que use, subsistiéndole el título legal a aquél. La amplitud de las situaciones antes descritas, que la Ley de Usos no cubría, y el auge creciente de la riqueza mobiliaria, hicieron inevitable que el canciller viniera a darle efectos jurídicos a negocios semejantes a los antiguos usos, conocidos más tarde con el nombre de trust. Su desarrollo lento en un principio, poco a poco se fué arraigando y se hizo extensivo después en los inmuebles freehold, de preferencia a otras formas de propiedad.

Considera Rabasa que la antigua actitud hacia los usos desarrollada por la intervención de los cancilleres durante el siglo XV, dio paso a una nueva elaboración del trust basada sobre concepciones más claras del orden público y de la naturaleza y de los fines del derecho. Al llegar el siglo XIX, la rama jurídica de trust había alcanzado su madurez completa, y quedarían sólo por solucionar aspectos de mero detalle.

(31) *Idem*, p. 285.

En Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica ha tenido gran desarrollo y singular importancia la institución del trust, afirma el maestro Cervantes Ahumada en su obra, y añade que desde el punto de vista jurídico se ha definido al trust como "una obligación de equidad" para lo cual, una persona llamada "trustee", debe usar una propiedad sometida a su control que es llamada "trust property" para el beneficio de personas llamadas "cestui que trust". (32) Esto implica como lo afirma Batiza, que se trata de obligaciones exigibles jurídicamente ante un tribunal de cancillería o ante un tribunal que ejerza la jurisdicción de un tribunal de esa clase.

En la Unión Americana se le dio gran impulso al trust, al aplicársele a la actividad bancaria, esto ha originado que se funden "trust companies" y bancos fiduciarios especializados, que han hecho del trust una actividad casi exclusivamente bancaria.

Al respecto Argenziano, habla del investment trust angloamericano, señalando que es una empresa dedicada a efectuar inversiones con capitales recolectados entre una gran masa de ahorradores particulares, sobre aquellos títulos de crédito generalmente adoptados para el financiamiento de los mismos a largo plazo, con el fin de limitar el correlativo riesgo económico, ejercitando una influencia permanente en la selección de los medios de administración de las empresas así financiadas y efectuando cuanta más vasta diversidad de inversiones fuere posible. (33)

El derecho anglosajón reconoce dos tipos fundamentales de trust: el contractual investment trust y el statutory investment trust o Massachusetts trust.

El contractual investment trust, que se funda sobre dos distintos contratos de trust, el primero con el cual los inversionistas transmiten dinero y títulos a un depositario a fin de que los invierta en el propio interés de ellos, de conformidad al pacto del trust; el segundo, con el cual el depositario transmite los títulos en materia

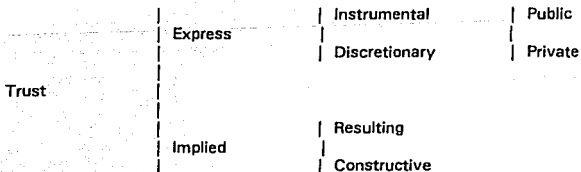
(32) *Cervantes Ahumada Reúl, Títulos y Operaciones de Crédito, Ed. Herrero, S.A., México, D.F., 1973, p. 288.*

(33) *Argenziano David "El trust anglosajón" en revista mensual de divulgación financiera y contable, vol. XI, 33 no. 16, nov. 1944, México, D.F.*

de la inversión a un trustee, el cual controla las operaciones del depósito y expide a los inversionistas los certificados de participación, de los cuales resulta su continuidad sobre los títulos adquiridos por el depositario en concurrencia del análogo derecho real del trustee.

El statutory investment trust conocido también como Massachusetts trust, el cual se funda sobre un único contrato del trust, consistente en la transmisión que hacen los inversionistas de sus capitales a un trustee para que los invierta y los administre para su propio interés, según las cláusulas del pacto del trust. Se constituye de tal forma una corporación (sociedad anónima) de la cual los inversionistas llegan a ser socios y los títulos adquiridos constituyen el capital.

Algunos autores tienden a clasificar en dos grandes grupos, los distintos tipos de trust anglosajones; es el caso de Torres Partida que de alguna forma nos simplifica su conocimiento mediante el siguiente cuadro sinóptico y que a continuación haré referencia:



Se llamarán "instrumental trust", cuando el trustee ejecuta únicamente los actos consignados expresamente en el contrato; "Los express trust", son aquellos constituidos por la libre voluntad de las partes; "discretionary trust", como su nombre lo indica, cuando se confieren amplios poderes al trustee para el manejo de los bienes entregados por medio del trust. Si la realización del trust provoca efectos de interés general, se le denomina public, y private cuando se limita al interés de los contratantes.

Los "implied constructive trust", son aquellos creados por un tribunal o declarados por tribunales competentes, sobre determinados bienes con el propósito de garantizar los daños provenientes de la ejecución de actos ilícitos, delictuosos, o de obligaciones cuasi contractuales." (34)

1.6.- Historia del fideicomiso en México.

Coinciden diversos autores, en el hecho de que el trust tuvo tanta trascendencia en su aplicación, que fué posible su expansión fuera de sus propias fronteras, siendo adoptado en forma paulatina, por diversos sistemas jurídicos; de entre ellos México, el cual es considerado el iniciador de hace más de medio siglo, del movimiento de internacionalización del trust.

Fué en el año de 1870 y 1884 cuando por primera vez se hace referencia a ésta institución en el derecho positivo mexicano; los códigos civiles promulgados en éstas fechas la condenaban por considerarla de contenido antieconómico e ilegal, inconveniente su aplicación en nuestro sistema jurídico.

En la exposición de motivos del Código Civil de 1870 se lee lo siguiente:

(34) Torres Partida, Manuel. "Historia del Fideicomiso en el Derecho Romano", Revista mensual de Divulgación Financiera y Contable, Vol. XI, n.º II (México, D.F., Nov. 1944), p. 562-563.

"Especialmente se prohíbe la substitución fideicomisaria, ya que por su propia naturaleza proporciona los medios para infringir las Leyes, trayendo consigo el mal de estancar los capitales cuya movilidad esconveniente para el mejor y más pronto desarrollo de la riqueza pública, pero como hay algunos casos, en que la substitución de ésta especie, puede ser verdaderamente útil, se han establecido algunas excepciones, ya en favor de los indigentes, ya en favor de la educación, ya en fin de sostener y mejorar los establecimientos de beneficencia."

Muchos autores coinciden en considerar como el antecedente legislativo más remoto del fideicomiso mexicano la Ley para Ferrocarriles del 29 de abril de 1889 la cual consistió, en una serie de estudios y arreglos realizados por el gobierno mexicano con respecto a su deuda pública exterior, concretamente con los Estados Unidos, para la renegociación de la misma, mediante la emisión de obligaciones que tendieran a la inversión extranjera en esta rama y asimismo tendientes a la consolidación del sistema ferroviario mexicano.

Algunos de estos autores lo consideran como un contrato de préstamo, mandato e hipoteca, como lo señaló Don Emilio Velasco de manera explícita en su estudio sobre "Los instrumentos del "trust" y los ferrocarriles nacionales". Bajo el nombre de fideicomiso, se hizo referencia a un contrato sumamente complejo que logrando ser descompuesto en diversos elementos esenciales, se asemeja a un contrato de préstamo, un contrato de mandato y una hipoteca..." (35)

Afirma Pablo Macedo, que debido a éste estudio realizado por Don Emilio Velasco, se logró que "la institución anglosajona se aplicara a nuestro medio, valiéndose de técnicas nuestras". (36)

(35) Pablo Macedo, prólogo al *Tratado, Teórico y Práctico de los Trust de Pierre Lepaulle, "El Fideicomiso Mexicano"*, 2a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1975, p. VIII.

(36) *Idem*, pág. X.

Más tarde, el día veintiuno de noviembre de 1905; el entonces secretario mexicano de Hacienda, c. don José Ives Limantour, envió un proyecto de iniciativa de ley, que había sido estudiado y analizado previamente por el señor licenciado Jorge Vera Estañol, a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión; proyecto que facultaba al Poder Ejecutivo para expedir una ley que permitiera el poderse constituir dentro de la República Mexicana instituciones de carácter comercial, encargadas para el desempeño de funciones de agentes fideicomisarios. (37)

En el año de 1924 revive el movimiento iniciado por el Proyecto Limantour. Transcurrida la agitada época revolucionaria, el país registraba un período o etapa constructiva más favorable para la recepción de ésta clase de ideas. En una convención bancaria, celebrada en el mes de febrero del citado año, don Enrique C. Creel expuso que debido a que se había iniciado en la República, la creación de compañías bancarias de fideicomiso y de ahorro, era necesario, como autor del proyecto; considerar dar algunos informes acerca de éstas compañías en los Estados Unidos, refiriéndose, más que a los textos de la ley, al procedimiento seguido en la práctica. A pesar de éste proyecto de tanta trascendencia, el término fideicomiso como equivalente al "trust", apareció dentro de nuestra legislación mexicana, en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, básicamente en sus artículos 6°.fracción VII; 73 y 74, que expresamente señalan que para los efectos legales se consideren entre las instituciones de crédito a los bancos de fideicomiso; el artículo 74, ante la insuficiencia de las disposiciones consignadas enuncia que los bancos de fideicomiso se regirán por su ley especial que habrá de expedirse.

Particularmente son los preceptos contenidos en la Ley de Bancos del fideicomiso publicada el 17 de julio de 1926, que definen al fideicomiso y hacen una verdadera regulación de éste; en su artículo 1° atribuye a los bancos, como objeto principal, las operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros, cuya ejecución se confía ala honradez y buena fe. (38)

(37) Batiza Rodolfo. *El fideicomiso, Teoría y Práctica*, 4ta. ed. Ed. Asociación de Banqueros de México, México 1977, p. 84.

(38) *Idem*, p.p. 81-88.

En su capítulo II que corresponde a las operaciones del fideicomiso, en su artículo 6º, expresa lo siguiente: " El Fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega a el banco con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según sea la voluntad de quien los entrega, el fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario. En los artículos siguientes se dispone que puede constituirse con un fin lícito; prohíbe los fideicomisos secretos, excepto cuando éstos se constituyan para la beneficencia pública o en beneficio de la cultura nacional, en cuyo caso podrá mantenerse oculto el nombre del fideicomitente, pero en ningún caso podrán ser secretos el objeto, ni la institución escogida para su ejercicio. Establece de igual forma, que serán nulos los fideicomisos gratuitos, que habrán de producir sus efectos a la muerte del fideicomitente en cuanto estuvieran constituidos en favor de personas incapaces de heredar o recibir legados de éste. Además asienta que el fideicomiso podía constituirse: mediante escritura pública, documento privado y por testamento.

En sus artículos 12 y 14 se establece que en virtud del Fideicomiso se efectúa una transmisión de dominio asentándose en los preceptos citados de la siguiente forma: "Los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente".

El artículo 82 del citado ordenamiento, obliga a los bancos a llevar una contabilidad especial en cada uno de los departamentos fiduciarios que al efecto se crearen, sin perjuicio de que todas las operaciones de fideicomisos pudieran consolidarse en una contabilidad general.

Esta ley fué abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1926 que incorporó como una parte de su articulado, el texto íntegro de aquella. (39)

(39) *Almazan Alaniz, Pablo Roberto. artículo "Antecedentes Históricos del Fideicomiso en México", en las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Ed. Banco Mexicano Somex, S.A. México, D.F., 1982, p. 29.*

Seis años más tarde, se publica el 29 de junio de 1932, la Ley General de Instituciones de Crédito. Esta ley solo autorizaba la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado y mantuvieran todas las prohibiciones encaminadas a impedir en contra de nuestra tradición jurídica, que los fideicomisos dieran lugar a substituciones indebidas o a la constitución de un patrimonio fideicomitado inalienable, alejado del comercio.

Antes de cumplirse el mes de promulgada la Ley General de Instituciones de Crédito, se publicó en el Diario Oficial de fecha 27 del mes de agosto, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente en la actualidad, cuyo título segundo, capítulo V artículos 346 a 359, reglamenta al Fideicomiso como una Institución sustantiva.

Por virtud de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del mes de enero de 1985, sería de la exclusividad del Estado, la prestación de este servicio, a través de instituciones de crédito, de la forma y en los términos establecidos por ésta ley; misma que contempló las garantías que protegían al interés público y el funcionamiento en apoyo de las políticas del desarrollo nacional. Posteriormente, es reformada nuestra constitución en el sentido de que el Servicio Público de Banca y Crédito no sería objeto de ninguna concesión a particulares. (40)

Con la Banca Nacionalizada, por decreto del 1° de Septiembre de 1982 (D.O.F del 1° y 2 del mes de diciembre del mismo año), se expropiaron en favor de la Nación, el equipo mobiliario e inmobiliario de éstas instituciones de crédito privadas: cajas, bóvedas, agencias, sucursales, oficinas, edificios, además de los activos: acciones o participaciones, títulos valor; a las cuales se les había otorgado la concesión para la prestación de ésta clase de servicio; en cuanto resultaren necesarios, a criterio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Expresamente se excluyeron de la expropiación el dinero y valores, propiedad
(40) *Idem, p.p. 39-43.*

de los usuarios, así como las cajas de seguridad y los fondos o fideicomisos administrados por los bancos (art. 5º). Se dispuso además por decreto, que la Secretaría de Hacienda vigilara conforme a sus atribuciones, el mantenimiento y control del servicio de banca y crédito que seguiría prestándose a través de las mismas estructuras administrativas, para paulatinamente ser transformadas éstas, en entidades de la Administración Pública Federal, con la titularidad de las concesiones, no representando por ello ninguna variación. (art 6º). Así mismo, prescribió el decreto; que el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa la entrega de acciones y cupones por parte de los socios de las instituciones expropiadas, pagaría la indemnización correspondiente en un plazo no mayor de diez años (art.2º).

Por decreto de fecha 16 de noviembre de 1982, fueron promulgadas las adiciones y modificaciones a los artículos 28 y 73, fraccs: X y XVIII de la Constitución Política (facultades de legislar del congreso entre otras, en materia de servicios de banca y crédito y cuestiones monetarias), y el art. 123 Constitucional en su apartado B, en lo referente a las relaciones laborales entre el poder público y sus trabajadores, al efecto de ser prestado el servicio de banca y crédito por parte del Estado a través de las instituciones que establecería la propia ley reglamentaria.

La ley reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de fecha 30 de diciembre de 1982, contenía tres capítulos dedicados a disposiciones generales, Sociedades Nacionales de Crédito y Protección de los intereses del público respectivamente, declarándose ser de orden público y tener por objeto reglamentar el servicio público de banca y crédito que en los términos del artículo 28 Constitucional, debía prestar el Estado (artículo 1o.), a través de instituciones de crédito constituidas como Sociedades Nacionales de Crédito (artículo 2o.). Dichas sociedades son instituciones de derecho público creados por Decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1984, derogó a la Ley de 1982 y dispuso en sus artículos 1o. y 2o., lo siguiente:

"ARTICULO 1o.- La presente Ley es de Orden Público y tiene por objeto reglamentar los términos en que el Estado presta el Servicio Público de Banca y Crédito; las características de las instituciones a través de las cuales lo hace; su organización; su funcionamiento en apoyo de las políticas de desarrollo nacional; las actividades y operaciones que pueden realizar, y las garantías que protegen los intereses del público".

"ARTICULO 2o.- El servicio de Banca y Crédito será prestado exclusivamente por Instituciones de Crédito constituidas con el carácter de Sociedades Nacionales de Crédito, en los términos de la presente Ley. Las Sociedades Nacionales de Crédito serán: I.- Instituciones de Banca Múltiple; y II.- Instituciones de Banca de Desarrollo".

Dispone además la Ley que dicha prestación y su funcionamiento se realizaría conforme a las prácticas sanas y usos bancarios, siempre con sujeción a los objetivos y finalidades del Plan Nacional de Desarrollo, y tratarán de alcanzar además los objetivos siguientes: Fomentar el ahorro nacional, facilitar al público el acceso a sus servicios, canalizar los recursos financieros con eficiencia, promover una adecuada participación de los mercados financieros internacionales.

Conforme a su artículo 9o. las Sociedades Nacionales de Crédito son consideradas instituciones de derecho público con personalidad jurídica propia y patrimonio propios. Tendrán duración indefinida y domicilio en el Territorio Nacional. Serán creadas por decreto del Ejecutivo Federal, conforme a las bases de la presente Ley. (párrafo primero).

Por lo que hace al número de fiduciarios, la Ley Sustantiva dispone: El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desarrollen el fideicomiso. (41)

Con fecha 2 de mayo de 1990, el Ejecutivo Federal, envió al Congreso de la Unión una iniciativa de Ley a fin de restablecer el Régimen Mixto de la prestación del servicio de banca y crédito. Dicha iniciativa fué aprobada por el Congreso de la Unión y las legislaturas de todos los Estados en los términos del Decreto de fecha 26 de junio del mismo año.

Conforme a este decreto se derogaba el párrafo quinto del artículo 28 Constitucional, se modificaba y adicionaba el inciso a) de la Fracción XXXI del apartado A del artículo 123 Constitucional, para incluir los servicios de Banca y Crédito y se reformara la Fracción XIII (bis) del apartado B del citado Artículo.

La reforma constitucional de junio de 1990, fué encaminada y destinada a suprimir la exclusividad del Estado en la prestación del servicio de banca y crédito. Con base en un principio de política económica de que el servicio ya no sería público como una función inherente al Estado sino que mas bien, sería considerado como un servicio de interés general, es decir, inclusive dentro del ámbito de acción de los particulares.

Con fecha 28 de junio de 1990 el Ejecutivo Federal sometió a la consideración del Congreso de la Unión, nuevamente una iniciativa de Ley, referente a las Instituciones de Crédito, dicha Ley, fué aprobada en sus términos por el Congreso y fué promulgada ésta con fecha de 16 de julio del mismo año.

Esta Ley autoriza a las Instituciones de Crédito a prestar entre otros servicios, los de caja de seguridad, operaciones de fideicomiso, mandato o comisión, actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito, llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y otros tipos de empresas, así como

(41) *Betize Rodolfo, Principio Básico del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1985, p.p. 53-59.*

desempeñar el cargo de albaceas.

Estos servicios bancarios han alcanzado en los últimos años una importancia manifiesta para el desarrollo de las instituciones de crédito en nuestro país.

Dicha Ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las Instituciones, sus operaciones y actividades dentro de un sano y equilibrado desarrollo, siempre atendiendo a la protección de los intereses del público y en los términos en que el Estado ejerce la rectoría financiera del sistema bancario mexicano, constituyendo por ello un marco regulador de las instituciones fiduciarias del sistema financiero en México.

2.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

2.1.- Concepto de Patrimonio.

En la concepción moderna, el patrimonio es considerado como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones afectos a un fin jurídico determinado, por ejemplo: el patrimonio individual, afectado a un individuo; patrimonio familiar; los afectos al fin jurídico que es la familia, patrimonio colectivo; afectado a una persona ideal o moral.

Actualmente en su nueva concepción, el patrimonio tiene vida independiente de la persona, y la misma persona puede tener uno o varios patrimonios.

Al hacer referencia al conjunto de bienes que forman el patrimonio, diversos autores han coincidido en considerar como tales, no solo a las cosas, ni a las prestaciones traducidas en obligaciones, ni a los objetos inmateriales con un valor económico, sino también los derechos que atañen a la persona sobre tales cosas, prestaciones y objetos materiales, así como las deudas de una persona valuables en dinero, generalizando el concepto que de él se tiene al afirmar que el patrimonio se encuentra constituido por los bienes materiales (cosas) e inmateriales (prestaciones, derechos) y por las relaciones jurídicas y derechos que se ejercen sobre ellos.

Como lo sostiene Ortega y Gasset en su doctrina "del punto de vista" "El patrimonio no sólo es un conjunto abstracto de derechos, independientes de los objetos de dichos derechos, sino que son los derechos en sí, y también las cosas o bienes sobre los que se aplican dichos derechos. El patrimonio no es sólo

una abstracción jurídica: es una abstracción y una realidad fáctica al mismo tiempo".

(42)

Von Thur conceptúa que "el patrimonio, en sentido jurídico, es la suma de los derechos que competen a una persona. Lo integran también las expectativas... Los objetos de los derechos, no entran en el patrimonio, por que éste se halla constituido únicamente por la propiedad que compete al titular respecto a las cosas suyas, y no por las cosas mismas; por los créditos, y no por las prestaciones que pueden ser exigidas en virtud de ellas".

Enseguida agrega: Sin embargo como ya sucedió a los romanos, resulta natural enumerar las cosas, en lugar de la propiedad, por que ésta otorga el señorío pleno sobre las mismas, al considerar como integrantes del patrimonio, las cosas, los créditos, y los demás derechos que pertenezcan a una persona". (43)

En resumen, al hablar de patrimonio nos estamos refiriendo, a lo siguiente:

-El patrimonio consiste en un conjunto de bienes, derechos y también de deudas valuables en dinero.

-Es una abstracción jurídica que alude a una universalidad (universitas juris) al concebirlo a este como una masa de bienes que pueden ser diversos por su naturaleza y origen, pero que constituyen un conjunto de bienes singulares formando una unidad abstracta.

-Al considerarse como un conjunto de bienes afectos a un fin determinado, podemos deducir que pueden existir numerosos fines, además de poder ser afectados numerosos bienes lo cual significa que es posible, a su vez, la existencia de diversos tipos de patrimonio.

(42) Ortega y Gasset. "La doctrina del Punto de Vista", t. III, Cap. X, p. 197 y 231. *Obras Completas el Tema de Nuestro Tiempo*, Madrid 1947.

(43) Von Tuhr, Andreas, *Der. civil, trad. esp. de Tito Ravá. ed. de palma Bs. As., 1947. I, vol. II. p. 390 y ss.*

- Que el patrimonio se compone tanto de cosas materiales como de inmateriales (bienes) además de los derechos que se guarden sobre las mismas.

- Que no es posible la existencia del patrimonio sin la titularidad de una persona ya sea física o moral.

2.2.- Concepto de Propiedad.

En la Edad Media, indica Planiol, (44) una multitud de contratos, transmitían al detentador de la cosa ajena, un derecho ilimitado en su duración, de manera que la mayor parte de los inmuebles no eran poseídos por sus propietarios, sino por otras personas, que por diversos títulos habían recibido de él, una concesión. Más tarde, los dos géneros derivados de este tipo de dominio feudal fueron el feudo y el censo. En virtud de esas concesiones, el propietario o condecendente, llamado señor, conservaba su propiedad, pero no tenía la posesión de la tierra y el otro, el vasallo, o detentador (tenancier), tenía la posesión, pero no la propiedad. De aquí resultaba, concluye, que dos personas, el señor y el vasallo, tenían al mismo tiempo y sobre la misma tierra, derechos perpetuos de naturaleza diversa. Esta situación jurídica no fué obstáculo para que el señor feudal llegara a dominar económica y socialmente al vasallo.

La Revolución Francesa dió al traste con la monarquía absoluta de origen divino, y la Asamblea Constituyente en la noche del 4 de agosto de 1789, decretó la abolición de los derechos feudales, con indemnización o sin ella, y proclamó también los Derechos del Hombre.

Posteriormente con el golpe de gracia asestado por la Revolución Francesa al Feudalismo, se retornó al antiguo sistema romano de la propiedad pero no al que

(44) *Planiol y Ripert, Tratado práctico de Derecho Cívil, trad. esp., cultural, S.A., La Habana, 1942, t.III, p. 94.*

comúnmente se creía, el individualista exagerado (con sus cinco elementos fundamentales: el ius utendi, el ius abutendi, el ius fruendi, el ius disponendi y el ius vindicandi); sino más bien, al sistema de propiedad individualista, supeditado a limitaciones y prohibiciones fundadas en el interés público.

De ahí que el llamado Código de Napoleón, vigente aún en Francia, diera una definición de la propiedad semejante pero no igual, a como la idearon los romanos superando el exagerado concepto individualista romano, sin que por ello no fuera tomado en consideración éste último, para la elaboración del concepto de propiedad francés.

Dispone el artículo 544 del Código civil francés: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por la ley o por los reglamentos".

Ante un sinnúmero de críticas sobre éste concepto, los tratadistas franceses pretenden interpretar el texto principal del Código Napoleónico acerca del derecho de propiedad, considerándolo en su interpretación como el derecho real más completo que puede existir sobre una cosa y además, que los redactores del Código, al calificar la propiedad de derecho absoluto han debido querer aludir a su independencia actual, en oposición al carácter dependiente y subordinado que era, en general, el de la propiedad territorial antes de la Revolución.

En la doctrina española, el código de la materia dispone lo siguiente: "La propiedad es el derecho de gozar y de disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes".

Lo esencial de éste precepto señalan los tratadistas españoles, no está en caracterizar al concepto de propiedad en la enunciación de las características de las facultades del propietario, sino más bien en señalar el aditamento "sin más limitaciones

que las establecidas por las leyes", que significa un abandono por parte de el legislador en todo intento por delimitar positivamente a la propiedad. (45)

En la concepción alemana se da un gran avance en el sentido de la función social, de la propiedad y se anticipa, por cierto a la fórmula consagrada en la Constitución de Weimar de 1919, con su proclamación: "La propiedad obliga..." señalándonos los tratadistas alemanes que la misma, no es una suma de facultades singulares (usar, consumir, transformar, etc.) sino un concepto total. Así el artículo 903 del código alemán expresa: "El propietario de una cosa puede en tanto no se opongan la ley o derechos de terceros, conducirse a su arbitrio con la cosa y excluir a los demás de toda intervención".

En su mayoría, refiriéndonos a las constituciones de los países de América del Sur, concuerdan en el anhelo de establecer un mínimo siquiera de justicia social entre sus poblaciones con lo que han introducido normas acerca de la función social de la propiedad privada, tal es el caso de México, que en su Constitución Política consagra lo siguiente: Art. 27 Constitucional: "La Nación tendrá en todo tiempo, el derecho de imponer a la Propiedad Privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación....."

En la concepción mexicana, como lo señala Araujo Valvidia, "en realidad, la mayor parte de los autores están acordes en admitir las tres características clásicas del derecho de propiedad que se designan en las expresiones latinas de utendi, fruendi y abutendi: Utendi significa usar,... destinar la cosa a todos o a cualquiera de los fines a través de los cuales puede ser aprovechada o utilizada; fruendi es hacerla producir y aprovechar los frutos...y abutendi disponer y no abusar, puesto que el abuso implica el mal uso..." (46)

(45) *Ennecoeerus-Kipp-wolff Ludwing. Tratado de derecho civil, trad. de Blas Perez Gonzalez y José Alguer, 2ª ed., t. 3, vol. 1 pág 294, Ed. Bosch, Barcelona, 1946.*

(46) *Araujo Valvidia Luis. Derecho de las Cosas y Sucesiones, Ed. Cajiga, 2ª., edición, 1972, Puebla, Pue., Méx. pág. 230.*

En la Doctrina Mexicana, independientemente de la elaboración de diversas definiciones que del derecho de propiedad han emitido diversos autores, cabe destacar la consideración que de ello hace el autor Antonio de Ibarrola respecto del análisis de la definición del derecho de propiedad que consagra el párrafo primero del artículo veintisiete constitucional:

"La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, creando la propiedad privada".

Aparentemente la potestad del Estado Mexicano es de tal envergadura que el particular estaría siempre a expensas de la arbitrariedad que éste pudiera cometer respecto del reconocimiento o no reconocimiento del derecho de propiedad privada en favor de los particulares.

Finalmente diversos autores considera, al igual que Ibarrola que "el derecho de propiedad no es una concesión graciosa del Estado a los particulares: El Estado debe tutelar y reglamentar el derecho; pero no podría, como lo da a entender nuestro precepto constitucional, abolirlo o limitarlo en forma arbitraria y contraría el derecho natural. El Estado tiene la OBLIGACION de respetar el derecho de propiedad. No tiene pues un DERECHO a crear la propiedad privada. Tiene la obligación de respetarla y reglamentarla en forma adecuada....." (47)

Así mismo, hoy en día, existe una tendencia de someter cada vez en mayor grado los derechos de la propiedad individual a un control social de la misma; tal como es el caso de las siguientes disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal vigente entre otras:

(47) De Ibarrola Antonio. "Cosas y Sucesiones", Ed. Porrúa, 2da. edición, México 1964. p.p. 208-210.

"Art. 830. El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

"Art. 831. La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización".

"Art. 833. El Gobierno Federal podrá expropiar las cosas que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra cultura nacional, de acuerdo con la Ley especial correspondiente".

"Art. 836. La autoridad puede, mediante indemnización ocupar la propiedad particular, deteriorarla y aún destruirla, si eso es indispensable para prevenir o remediar una calamidad pública, para salvar de un riesgo eminente una población o para ejecutar obras de evidente beneficio colectivo".

"ART. 2347.- Es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante, si éste no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias."

2.3.- De la titularidad y propiedad fiduciaria.

Al hablar de la titularidad y de la propiedad fiduciaria, necesariamente nos estamos refiriendo a la naturaleza jurídica de ésta institución, la cual es fundamental llegar a determinar, al efecto de lograr esclarecer numerosos conceptos que serán determinantes para la comprensión de ésta figura jurídica, tanto en su conceptualización, como en su encuadramiento legal dentro de nuestras leyes.

Tan significativa resulta la importancia del presente estudio, que sobre él versan numerosas tesis de grandes doctrinarios, motivo de infinidad de polémicas y de gran trascendencia jurídica, debido a que se establece de alguna forma mediante el mismo, las pautas necesarias para la determinación de las características y propiedades fundamentales que le son propias al fideicomiso, y que por tanto nos mostrarán al considerarlas, los alcances y consecuencias jurídicas que éste pudiera llegar a tener.

Dentro del proceso de adaptación legislativa a nuestro país del fideicomiso, son fácilmente reconocibles numerosos estadios que han obligado a la jurisprudencia y a la doctrina, centrar su interés sobre la fijación de la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Existe una infinidad de tesis al respecto, que conciben la naturaleza jurídica del fideicomiso de forma distinta: Algunas consideran al fideicomiso como un mandato irrevocable, otras como una negociación fiduciaria y un acto unilateral, otras a su vez, como un contrato bilateral creador de derechos recíprocos y por lo tanto un negocio jurídico sinalagmático perfecto; es así, que tomando en cuenta su relevancia e importancia en la doctrina, expondré a continuación, las siguientes tesis sustentadas por distintos doctrinarios, además de las tesis jurisprudenciales sustentadas por nuestra H. Corte Suprema de Justicia de la Nación, para lograr concluir de esta manera, cual de ellas podría resultar la más acertada respecto a la concepción de la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano, respondiendo para tal efecto a la realidad jurídica que se vive actualmente en nuestro país.

2.4.- Diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso.

2.4.1.- EL FIDEICOMISO COMO UN MANDATO IRREVOCABLE.

Ante la novedad del fideicomiso en México, se realizaron numerosos esfuerzos por adaptar la figura del mismo a nuestro sistema jurídico, teniendo como consecuencia, que se recurriera al estudio de figuras similares, como es el caso del "trust", así como de las opiniones que tuvieran al respecto, los estudiosos especializados en la materia. Fué notoria la influencia del proyecto Alfaro (proyecto panameño), en la definición que del fideicomiso se estableciera en la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.

De tal forma, como se apuntó anteriormente, el primer intento realizado en México por introducir esta figura jurídica, fué con el proyecto Limantour, en el año de 1905; el cual se realizó con el propósito de establecer dentro del territorio nacional, instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios, con servicios especializados, más que incorporar la figura anglosajona del "trust".

Este proyecto, cuyo autor fuera el Sr. licenciado Jorge Vera Estañol, no llegó a ser examinado por la Cámara de Diputados del Congreso Mexicano, por ser considerado por algunos congresistas (de entre ellos el señor licenciado Rosendo Pineda), como una posible regresión a las sustituciones fideicomisarias de antaño. Aún cuando en la exposición de motivos del citado proyecto, expresaba el autor su preocupación por la falta de ciertas organizaciones especiales que en los países anglosajones eran denominadas "trust companies" y cuya función principalmente radicaban en ejecutar actos y operaciones sin tener un interés directo, sino más bien como simples intermediarias ejecutando de forma imparcial y fiel, actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas; ello representó una omisión que no podía pasar inadvertida.

Debe advertirse que al principiarse el presente siglo, con una anticipación de unos veinticinco años aproximadamente a los de su incorporación legislativa, se había estilado la utilización en nuestro país, de una variedad del trust con enorme importancia para nuestro desarrollo económico: el fideicomiso era utilizado como un

contrato muy complejo de garantía en emisiones de bonos para el financiamiento de la construcción de los ferrocarriles mexicanos. (48)

Posterior a ello, después de algunos intentos, el término fideicomiso, fué introducido en el orden jurídico mexicano como un equivalente al "trust anglosajón", mediante el "Proyecto Creel", en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, fechada el 24 de diciembre de 1924 (D.O.F. de 16 de enero de 1925). En dicho ordenamiento, se omitía un concepto de la institución, además de carecer de una descripción precisa de la forma en que los bancos de fideicomiso actuarían para el servicio de los intereses del público, remitiéndonos para tal efecto, a una ley especial que habría de expedirse posteriormente, en donde estaría comprendida la regulación de tales bancos publicada hasta el año de 1926 y que reguló al fideicomiso, asemejándolo como un mandato irrevocable.

En la ley de 1924, no se hace referencia al fideicomiso como una operación de crédito, sino que tan sólo se describe la función de los bancos fiduciarios de la siguiente manera:

"Los bancos de fideicomiso sirven a los intereses del público de varias formas y particularmente administrando los capitales que se les confía e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios al ser emitidos éstos durante el tiempo de su tenencia". (49)

El artículo 6° de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, definió al fideicomiso propiamente dicho, como un "mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad de quien los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario".

(48) *Batiza, El fideicomiso. op. cit. p. 101.*

(49) *Idem, p. 103.*

Lo cual se asemeja en demasía, a la concepción que de él tenía el proyecto Alfaro: "El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud de el cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario".

Indicaba Alfaro que para que el fideicomiso pudiera servir rectamente a los fines prácticos que había esbozado, era necesario concebirlo bajo un aspecto que lo acercara más al "trust anglosajón" que al antiguo derecho romano.

A pesar de que Alfaro lo equiparó como un contrato de mandato irrevocable (principalmente por el hecho de que el fiduciario o trustee es esencialmente una persona que cumple con un encargo dado por otro, a beneficio de un tercero y esto a su vez, coincidía con la jurisprudencia que respecto al concepto de mandato, resultaba ser similar), señalaba claramente que, si la transmisión de los bienes no pasaban de una persona a otra, sino mas bien permanecían en poder de su dueño, no era posible que existiere un acto de confianza por parte del fideicomitente para con el fiduciario, ni era posible cumplirse de esta manera, el propósito del fideicomiso.

Su definición a pesar de ser incorrecta resalta a simple vista, la influencia determinante de la concepción de Alfaro sobre el pensamiento de nuestro legislador y no obstante la marcada similitud, existe una gran diferencia entre ambas concepciones, como veremos un poco más adelante.

A pesar de lo anterior, Alfaro siguió en su estudio del concepto del fideicomiso y, propuso de nueva cuenta una nueva definición en adición a la que había postulado originalmente, señalando para tal efecto, los elementos siguientes para su constitución:

- La transmisión del patrimonio;

- La destinación que se le da al patrimonio;

- El encargo que se debe ejecutar; además de la mención de los tres sujetos del fideicomiso; el fideicomitente (que hace la transmisión del fideicomiso), el fiduciario (quien recibe el encargo de dar cumplimiento al destinación), y el fideicomisario (el que va a gozar del beneficio), llegando así a la consecuencia inevitable de que "la esencia de fideicomiso está en la transmisión del patrimonio, porque esa transmisión es la que normalmente engendra del derecho de dominio del fiduciario".
(50)

Alfaro, como es posible observarlo, no solo tuvo que modificar su postura original, ante su ineficacia por querer acercar su concepto a la realidad y que el fenómeno jurídico exigía, sino que además, su proposición fué acogida por una serie de análisis y críticas que tuvieron por consecuencia, que diversas corrientes doctrinarias, se manifestaran en su favor y otras en su contra, logrando algunas de ellas, aportar consideraciones importantes que prácticamente y comparativamente la dejarían en un plano inferior, superándola casi totalmente, sin que por ello, se le negara el reconocimiento de ser una gran tesis, necesaria de considerarse, para la elaboración que del concepto de fideicomiso y de su naturaleza jurídica, se maneja actualmente.

Domínguez Martínez, analizando ésta postura, nos comenta al respecto lo siguiente: "Además de como lo anota Molina Pasquel, existen numerosas diferencias entre la regulación de las funciones del mandatario y la situación que a ese respecto guarda el fiduciario, como puede ser por ejemplo que el primero debe consultar al mandante y el segundo no al fideicomitente, que el mandatario puede sustituir, no así el fiduciario, etc., todo lo cual esta sujeto a los lineamientos rectores, tanto legislativos como particulares; para poner de manifiesto que el fideicomiso no es un mandato, habrán de observarse las estructuras de ambas instituciones separadamente.

En esas condiciones, con tener en cuenta que la afectación o transmisión de que son objeto los bienes fideicomitados, sin que lo sean aquellos sobre los que

(50) *Domínguez Martínez, op. cit. pág. 144.*

recaerán los actos objeto del mandato, es suficiente para determinar que si bien no es ésta la única diferencia entre el primero y el segundo sí que es suficiente para determinar que ambas figuras son diversas desde sus cimientos....."

Al final nos dice: "no obstante debe reconocerse un punto en común en ambas instituciones, o sea, la situación jurídica que en un momento dado pueden encontrarse el mandatario y el fiduciario. Es evidente que éste obra en nombre propio más por cuenta ajena, debido a las limitaciones en su dominio respecto de los bienes dados en fideicomiso, situación análoga a la de aquél, pues en todo caso aún cuando obre en su propio nombre deberá observar las instrucciones del mandante.

En esas condiciones, si efectivamente el fideicomiso es diverso del mandato, un ángulo de sus respectivas estructuras puede llegar a fundirse, de allí que la teoría del fideicomiso mandato no es del todo desacertada." (51)

Al efecto también nos comenta José Manuel Villagorda: "Cuando decimos que el fiduciario desempeña un encargo, no lo decimos como si fuera un mandatario del fideicomitente; sino que el desempeño de dicho cargo consiste en que el fiduciario ejerce los derechos que se le transmiten para la realización de los fines del fideicomiso. En el mandato, en ningún caso, el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica este acto jurídico. Las transmisiones de derecho que se pueden realizar en los actos jurídicos para los cuales el mandante otorga el poder correspondiente al mandatario, se realiza del patrimonio del mandante al patrimonio del tercero con quien contrata el mandatario..." (52)

2.4.2.- EL FIDEICOMISO COMO UN NEGOCIO FIDUCIARIO.

Existen tratadistas que sostienen la postura de que el fideicomiso es un negocio

(51) *Idem*, pág. 147.

(52) *Villagorda Lozano, Jose Manuel, Breve estudio sobre el fideicomiso, tesis México 1945. p. 88.*

fiduciario entre otros, Rodríguez y Rodríguez, Barrera Graf, Villagordoa Lozano, Lizardi Albarrán, Vazquez Arminio y Serrano Trasviña, conceptuando a éste como una especie del negocio fiduciario en virtud de que ambas figuras, tanto el negocio fiduciario como el fideicomiso, participan de tres elementos similares:

- a) presencia de dos sujetos;
- b) traslación de derechos de un sujeto a otro como una relación real y;
- c) la obligación del adquirente para con el enajenante de destinar lo transmitido al fin previamente determinado.

Es decir, el fideicomiso para estos autores es considerado como el acuerdo de voluntades, cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante en favor de otro, con la obligación adquirida por éste último, de destinar el objeto transmitido, a una finalidad específica.

Además, como lo apunta el propio Domínguez, diversos autores hacen tal referencia en virtud de los medios empleados para alcanzar los fines, como es el caso de Rodríguez y Rodríguez, cuya concepción del negocio fiduciario es en el sentido de caracterizarse por una discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo, aportando la siguiente definición:

"Por negocio fiduciario debe entenderse aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señale, con lo que corresponde a la confianza que para ello le tuvo el primero." (53)

(53) Domínguez Martínez., *op. cit.* pág. 165.

Barrera Graf, opina que por virtud del negocio fiduciario, "una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a la realización de una finalidad lícita determinada y, como consecuencia de dicha finalidad a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitente".
(54)

Al parecer, resulta una tesis un tanto más convincente que la anteriormente relacionada y un tanto más aceptable en comparación con las próximas, no obstante ser como lo apunta el propio Domínguez, una de las corrientes más difundidas en la doctrina mexicana, según la cual al explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso presenta una serie de inconvenientes, que dan lugar a su vez a una de corrientes opuestas en este sentido.

La contraparte de ésta postura, la representan principalmente los siguientes autores: Cervantes Ahumada, Batiza, Bauche Garciadiego, Hernandez y Arrechea Alvarez y Molina Pasquel, argumentando en su sentido, lo siguiente:

- Para Molina Pasquel, el fideicomiso necesariamente implica tres sujetos, a pesar de tratarse de la misma persona como lo es el caso en que coincide ser la misma, el fideicomitente y el fideicomisario (ya que para él poseen una diversa regulación jurídica), y no siendo igual para el caso del negocio fiduciario que implica la presencia de solo dos sujetos.

Cervantes Ahumada afirma que el negocio fiduciario es atípico, mientras que el fideicomiso no lo es, además de que el negocio fiduciario implica dos negocios a su vez cuyos efectos son contradictorios, destruyendo los del oculto a los del aparente, lo que no sucede con el fideicomiso el cual se encuentra estructurado por un solo negocio, no compuesto de dos negocios (como lo es el caso del negocio fiduciario), cuyos efectos derivan de aun acto constitutivo o de la Ley, con el carácter de ser una acto público (al ser requerido su inscripción para el caso de bienes inmuebles en el

(54) *Barrera Graf, Jorge, Estudios de Derecho Mercantil, cd. Porrúa México, 1958. p. 317.*

Registro Público de la Propiedad) excluyendo todo tipo de relación interna y secreta que para el fideicomiso deben considerarse prohibidas. (55)

Al respecto, Arrechea Alvarez, opina que las diferencias entre el fideicomiso y el negocio fiduciario son en primer término las siguientes:

El fideicomiso es un negocio nominado, esto es, reglamentado y tipificado; el negocio fiduciario no es típico, es un contrato innominado.

En el fideicomiso se afectan bienes, lo que no sucede en el negocio fiduciario.

El fideicomiso puede ser intervivos o por testamento, el negocio fiduciario, invariablemente intervivos.

Las relaciones entre fideicomitente y fiduciario se rigen por la estricta buena fé; 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 la existencia de un contrato con una fiduciaria; es efecto de una manifestación de la voluntad unilateral del fideicomitente.

El fideicomiso nace de la declaración unilateral de voluntad del fideicomiso y el negocio fiduciario tiene como fuente un acto bilateral. (56)

Batiza, finalmente nos señala lo siguiente: "El fideicomiso.. tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia (55) *Domínguez, Idem pág. 178.*
(56) *Idem, pág. 179.*

idénticas entre las partes y frente a terceros." (57)

El fideicomiso es, como lo apuntamos anteriormente, a la luz de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, una figura jurídica por virtud de la cual una persona llamada fideicomitente, destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese propósito a una institución fiduciaria. (art. 346 L.T.O.C).

2.4.3.- EL FIDEICOMISO COMO UN DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Esta teoría principalmente ha sido desarrollada y sustentada por el autor italiano Franceschelli, y a su vez acogida y representada por Lizardi Albarrán y Javier Aragón, los cuales como lo expone Molina Pasquel, sustentan las siguientes afirmaciones:

"El derecho de propiedad o la titularidad se descompone en dos derechos cuya existencia es formalmente posible por el contenido de las normas que rigen la institución, lo que equivale a decir, por los derechos que la ley atribuye a los sujetos de la relación. La primera parte desdoblada se caracteriza en su tendencia por la facultad de disposición en un nuevo derecho configurado distinto del todo, que es la propiedad. La segunda parte desdoblada (lógicamente sería el resto de la propiedad), se caracteriza por su contenido válido "erga omnes" y tiende a confundirse con el fin de la operación." (58)

Es decir "concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le

(57) *Batiza, ob. cit. pág. 110.*

(58) *Franceschelli citado por Molina Pasquel - opus cit. págs. 141 y 142.*

permiten reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título, y el fideicomisario, por el contrario, con un valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomiso contra los actos indebidos del fiduciario...." (59)

Lo cual, señala Domínguez Martínez, resulta jurídica-mente insostenible, ya que va en contra de la naturaleza misma de ese derecho real al tratarse de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes, entre otras razones, por que la existencia de uno necesariamente elimina a cualquier otro además de que el fideicomisario para éste autor, es titular solo de derechos de crédito. (60)

Esta teoría sólo es posible aceptarla en el derecho inglés, como lo señala Villagordoa, en virtud de que en ésta "se desarrolla un doble orden jurídico: el derecho común y el derecho de equidad, ambos derechos pueden existir en el mismo tiempo, pero en los regímenes jurídicos de ascendencia latina, el orden jurídico es único, por lo tanto solo se puede reconocer a un titular; la existencia de cualquier otro titular respecto del mismo derecho tiene que ser posterior y con un título derivado del anterior..." (61)

Por lo que se refiere al supuesto derecho que compete al fideicomisario de "reivindicar" los bienes que salen del patrimonio del fideicomiso: "por un exceso en las facultades del fiduciario, no debemos explicarlo como si se tratara de una acción reivindicatoria, ya que solo compete al propietario, se trata de una "acción pauliana", de carácter especial, que corresponde al fideicomisario como acreedor del fiduciario en el cumplimiento de los fines del fideicomiso..." (62)

[59] Lizardi Albarrán, Manuel, cit. por Domínguez Martínez, *Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso, México, 1945, p.p. 153.154.*

[60] Domínguez, op. cit. p. 154.

[61] Villagordoa, op. cit. p.p. 90-91.

[62] Domínguez, op. cit. p. 103.

2.4.4.- EL FIDEICOMISO COMO UN ACTO UNILATERAL DE VOLUNTAD.

De entre las tesis que la doctrina ha sostenido en favor de esta concepción, cabe destacar la sostenida por Arrechea Alvarez, la cual se desprende del estudio que este autor realiza, en relación a las diferencias entre el fideicomiso y el negocio fiduciario y que expone de la siguiente manera:

"El fideicomiso es un negocio nominado, esto es, reglamentado y tipificado; el negocio fiduciario es atípico, es un contrato innominado...

Las relaciones entre fideicomitente y fiduciario se rigen por la estricta buena fé; 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 la existencia de un contrato con una fiduciaria; es efecto de una manifestación de la voluntad unilateral del fideicomitente." (63)

En este sentido, analizando con especial atención la segunda consideración hecha por Arrechea Alvarez, ésta parece apuntar hacia lo que otros autores coinciden en considerar al fideicomiso como un acto unilateral de voluntad.

Cervantes Ahumada afirma: "El acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de la voluntad... Puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya a el fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente". (64)

Molina Pasquel, cree en contra posición de Lizardi, que no se trata de un acto consensual, sino más bien, éste es constituido por la declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente.

(63) Arrechea Alvarez, cit. por Domínguez Martínez, op. cit. p. 165.

(64) Cervantes Ahumada, Títulos, op. cit. p. 290.

En mi opinión considero que el fideicomiso testamentario es un acto jurídico unilateral, en cuanto a que el fideicomitente puede manifestar mediante testamento, su voluntad para constituirlo (art.352 L.T.O.C). Es posible en este sentido, considerar la declaración del fideicomitente como declaración unilateral de voluntad, todo esto independientemente de la aceptación del fiduciario y del fideicomisario, que por lo mismo, no constituyen manifestaciones de voluntad esenciales para integrar éste negocio jurídico. La adhesión de la manifestación de voluntad por parte del fiduciario, al aceptar su cargo conforme a las normas preestablecidas en el acto constitutivo, son más bien condiciones jurídicas que se refieren a la ejecución del fideicomiso pero en ningún momento en relación a su perfeccionamiento jurídico.

El acto constitutivo del fideicomiso, como se deduce anteriormente, es una declaración unilateral de voluntad, que es posible de constituirse por un acto entre vivos o por testamento, que debe constar siempre por escrito, ajustándose en todo tiempo a la legislación aplicable en la materia, siempre que se transmita la propiedad de los bienes afectos en fideicomiso, (art.352 L.T.O.C)., el fideicomiso indudablemente implica la destinación intencionada, y el propósito de producir efectos de derecho por parte del fideicomitente, encontrándose éste, en aptitud jurídica para hacerlo, de ciertos bienes que conforman su patrimonio, a un fin lícito y determinado. Ese bien o conjunto de bienes denominado por algunos estudiosos patrimonio de afectación, quedan por efecto del fideicomiso, vinculados a un fin determinado, con exclusión de otros fines que pudiendo ser posibles en su realización, manifiesten o resultaren ser distintos a los previamente establecidos por el fideicomiso.

2.4.5.- EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO AUTONOMO.

Esta teoría se encuentra básicamente expuesta y sostenida por el tratadista español Francisco Ferrara, para quien existen dos tipos de patrimonios: los personales y los impersonales, también llamados estos últimos, patrimonios afectos a un fin o patrimonios de destino.

Los patrimonios de destino son aquellos (en su conceptualización), que carecen de un dueño, pero que se encuentran necesariamente vinculados al logro de una finalidad. Los derechos son existentes pero no le pertenecen ni son de alguien, sino más bien de algo, es decir de un patrimonio, sin embargo, surge la problemática de como explicar la existencia de un derecho que no implique necesariamente la titularidad de este en favor de una persona. En el caso concreto de nuestra legislación a diferencia de otras legislaciones, no cabe la posibilidad de existir patrimonios sin titular.

A la inversa, en el caso de la legislación alemana además de otras, contemplan los patrimonios sin titular, al hablar de la herencia yacente y del patrimonio quebrado, ambas figuras son independientes a la existencia de la titularidad en favor de persona alguna.

Nuestro derecho se inclina por reconocer una continuidad en las transmisiones además de asignar la propiedad de los bienes en favor de personas además de asignarles su propiedad, llámenseles físicas o morales, artículo 352 de la L.G. T.O.C. y 749, 764 del Código Civil.

En el caso de la SUCESION, la transmisión de los bienes opera directamente del patrimonio del de cuyos al de la persona que quede instituida como heredero, como si se realizara el mismo día en que ocurre el fallecimiento del autor de la herencia. En el caso del fideicomiso testamentario, será de suma importancia, determinar cuando se presenta este momento de lo cual, necesariamente haré referencia en capítulos posteriores.

Continuando con la tesis del patrimonio autónomo, nos señalan algunos autores que la esencia del fideicomiso como institución jurídica, radica en el nexo objetivo existente entre los bienes que integran el patrimonio fideicomitado y los fines del fideicomiso para la creación de una afectación patrimonial.

Al mismo tiempo que se produce una relación de bienes y fines, se presupone el encargo que se le hace a una persona para que asuma la responsabilidad de la vinculación resultante de los elementos jurídicos esenciales en su caso, con la finalidad de que se materialice en una realidad física y jurídica oponible a terceras personas denominada fideicomiso.

Una fusión de la tesis del patrimonio de autónomo de afectación y del fideicomiso como un negocio jurídico parece tener cabida en el pensamiento del maestro Cervantes Ahumada, quien nos señala: "el fideicomiso es un negocio jurídico, por medio del cual, el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la ejecución de un fin determinado" (65), de lo cual se advierte, la incorporación de ciertos elementos que no deben pasar por desapercibidos a nuestro análisis.

Por patrimonio autónomo, apuntan diversos autores partidarios de esta tesis, debemos entender la creación de un patrimonio distinto de otros y distinto de quienes intervienen en el fideicomiso. El Patrimonio Fideicomitado, puede encontrarse constituido por derechos, los cuales, a su vez, constituirán un derecho de propiedad en sentido jurídico, toda vez, que es posible afectar toda clase de bienes o derechos salvo los no permitidos por disposición de ley.

Para García Maynez "todo derechos es, afortiori, facultad, jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado" (66) además de como lo apunta acertadamente Araujo Valdivia es absurdo admitir que "algo distinto a las personas realizará las finalidades jurídico-económicas de ese patrimonio cuya naturaleza reclamará el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden y como si pudiera concebirse que algo distinto también a la persona pudiese tener la facultad de rehacer e incrementar el conjunto de bienes que

(65) *Cervantes, Títulos y Operaciones, op. cit. p. 218.*

(66) *García Maynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 27 ed., Ed. Porrúa, México 1984, p. 52.*

lo constituyan". (67)

2.4.6.- EL FIDEICOMISO COMO REGIMEN DE PROPIEDAD.

Dentro de las diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se encuentra aquella que lo considera como una transmisión de derechos al fiduciario, estando sustentadas por autores como Jorge Serrano, Joaquín Rodríguez y Rodríguez entre otros.

Estas teorías sustentan, admiten y consideran que la propiedad fiduciaria es una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo de duración de su titularidad:

"Es algo así como una verdadera propiedad detentada legalmente por un no verdadero propietario: exagerada expresión e inexacta, pero que puede mejor que cualquier otra dar una idea gráfica de lo que representa la vinculación personal del sujeto titular en contraste con la integridad real del derecho." (68)

El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, que no por eso deja de ser dominio, es decir, es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir, y que es dueño normalmente temporal. En resumen, puede decirse que es dueño jurídico, pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso.

La propia Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala claramente que el fideicomiso implica una traslación de dominio (cesión de derechos o transmisión de

(67) Araujo Valdivia, Luis, *Derecho de las Cosas y Derechos de las Sucesiones*, Ed. Cajón, México 1968, p. 96.

(68) Villegordo Lozano, *op. cit.* pág. 96.

dominio) en favor del fiduciario. Esta traslación debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad cuando se trata de bienes inmuebles (art.353), o hacerse con las formas de publicidad equivalente a la inscripción, cuando se trate de muebles mediante notificación o endoso con registro, la tradición, (art.354 de la L.G.T.O.C).

Al respecto nos comenta Batiza " Sin embargo el efecto traslativo no puede asimilarse al de una transmisión tradicional de derecho de propiedad, la que se produce, por ejemplo, mediante figuras jurídicas como la compraventa, la permuta o la donación. Continúa diciendo al tratadista mencionado, que en el fideicomiso, por principio, la transmisión de propiedad se realiza para el solo efecto de que el fiduciario pueda cumplir el fin que se le encomienda. Por eso decía Alfaro que el fiduciario no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una propiedad fiduciaria, es decir, que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso, y de ahí que Lapaulle afirmara que el trustee es un singular "propietario", ya que no puede obtener ninguna ventaja personal de los bienes que se le han transmitido, debiendo cumplir con ellos una misión, que frecuentemente consistirá en administrar bienes en provecho de otra persona, el *cestui que trust*, de una institución, de una obra, o aún de la realización de una idea, de la persecución de un ideal, de la construcción de un monumento, etc. (69)

(69) *Batiza, op. cit. p. 157.*

3.- LOS ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO, **SU CONTENIDO Y EXTINCION.**

Partiendo del concepto legal que la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 establece, la cual en su artículo 346 dispone:

"en virtud del fideicomiso, el fideicomitente designa ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Podemos analizar las características y elementos esenciales que conforman la concepción que del fideicomiso actualmente tiene nuestra legislación.

3.1.- Elementos del fideicomiso.

3.1.1.- EL FIDEICOMITENTE.

Es el primer elemento que conforma la noción de fideicomiso y que la Ley contempla en su regulación, del cual podemos dar varias definiciones según la doctrina:

Villagorda Lozano, conceptúa al fideicomitente "como la persona que constituye el fideicomiso y destina a los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario". (70)

(70) Villagorda Lozano, *op. cit.* p. 172.

Batiza nos da la siguiente definición: "es la persona que constituye un fideicomiso por una manifestación expresa de su voluntad". (71)

Raúl Rodríguez Ruíz: "es la persona física o moral que constituye un fideicomiso para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado y encarga dicha realización a una institución fiduciaria". (72)

Acosta Romero: "es la persona titular de los bienes o derechos que trasmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y desde luego debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes". (73)

Jorge Minquini; "es la persona física o moral que mediante una manifestación expresa de su voluntad, y habida cuenta de la capacidad legal necesaria para ello, afecta la propiedad o titularidad de ciertos bienes al fiduciario para constituir el fideicomiso a fin de que se realicen con ellos los fines para los que éste se constituye". (74)

La mayor parte de estas definiciones como lo podemos destacar, aluden a un elemento esencial en todo fideicomiso, que lo constituye la capacidad jurídica de la cual goza el fideicomitente para la afectación de los bienes objeto del fideicomiso.

La propia Ley Sustantiva vigente, en su artículo 349 determina lo siguiente:

"Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación,

[71] Batiza, Rodolfo, *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, op. cit. p. 65.

[72] Rodríguez, Raúl, *El fideicomiso y la organización contable fiduciaria*, 4a. ed. México, 1972, Ed. Eoasa, p. 40.

[73] Acosta Romero, Miguel, *Derecho Bancario*, 1a. ed. México, 1978, Ed. Porrúa, S.A. p. 337.

[74] Minquini Castañeda, Jorge, artículo "Las partes en el Fideicomiso" en *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*, 1a., ed., Banco Mexicano Somex, S.A., México, D.F. 1982, pág. 195.

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

El concepto persona es importante analizarlo en su alcance en relación al fideicomiso testamentario y al efecto podemos mencionar que para Don Eduardo García Maynez, el concepto jurídico de "persona", lo considera como "todo ente capaz de tener facultades y deberes". (75)

Por su parte Recasens Siches, considera que el concepto jurídico de persona consiste en el conjunto de deberes jurídicos y derechos subjetivos atribuidos o imputados a un determinado sujeto humano; es el sujeto conceptual que funciona como común término ideal de referencia o de imputación de todos los actos que forman los contenidos de esos deberes jurídicos y de esos derechos subjetivos. (76)

Si bien las personas a que se refiere el artículo anteriormente citado, pueden referirse a personas físicas o morales también llamadas jurídicas, es necesario relacionar en esta parte por lo que hace al fideicomiso testamentario que no pueden ser constituidos por personas morales dado que el testamento es un acto personalísimo que sólo podrá ser realizado por una persona física. Evidentemente, solamente las personas físicas pueden elaborar testamentos, sin embargo, las personas morales podrán también constituir fideicomisos, tal es el caso de los fideicomisos constituidos por sociedades mercantiles o civiles, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las sociedades cooperativas y mutualistas, las asociaciones con fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o de cualquier otro fin lícito, así como las personas morales extranjeras de naturaleza privada o de los fideicomisos públicos que son constituidos por la Nación, los Estados y los Municipios y demás corporaciones de carácter Público reconocidos por la Ley.

(75) *García Maynez, op. cit. p. 271.*

(76) *Recasens Siches. cit. por Jorge Minquini Casteñeda, op. cit. pág. 197.*

Conveniente resulta señalar que las fundaciones, las unidades económicas, así como las sucesiones a través de los albaceas, pueden actuar como fideicomitentes:

Por lo que hace a las fundaciones, son personas morales con patrimonio propio, según se los confiere los artículos 4, 12 y 19 de la Ley de Asistencia Privada para el Distrito Federal y con tal carácter pueden serlo.

En relación a las unidades económicas, éstas no se encuentran reconocidas como una entidad diferente de las de sus componentes, salvo en el Código Fiscal de la Federación, siendo derogado el artículo que lo regulaba y la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, que sí contempla, la personalidad jurídica de las unidades económicas.

Respecto de la personalidad de las sucesiones para constituirse como fideicomitentes de un fideicomiso, cabe señalar que a éstas no les es reconocida legalmente personalidad alguna (art. 25 del Código Civil en Materia Común y para toda la República en Materia Federal), por consiguiente, independientemente de que las personas que la conforman llámense herederos o legatarios, que sí tienen una personalidad jurídica reconocida legalmente para ser titulares de derechos y obligaciones, ello no impide la determinación para la constitución de un fideicomiso a través de una sucesión como fideicomitente.

Esto significa, que el albacea, como lo afirman diversos autores, jamás actuará como un representante de la sucesión al no considerársele como una persona jurídica, más bien actuará como un auxiliar o como un órgano representativo del conjunto de facultades, derechos o intereses inherentes y vinculados a la sucesión, traducido muchas veces en una copropiedad hereditaria de derechos y obligaciones de que gozan los herederos o legatarios.

En resumen el albacea actuará en nombre y por cuenta de los herederos o legatarios en todo lo relativo a los intereses (traducidos en derechos y obligaciones)

derivados de la misma sucesión de los cuales éstos son titulares y además sí cuentan con una personalidad jurídica reconocida por la ley en forma individual, cuya finalidad de tal actuación por parte del albacea, será la defensa, administración y ejecución de las disposiciones testamentarias establecidas por el testador.

Cabe aclarar que la sucesión no es considerada como una persona moral, esto es conforme a lo establecido por el artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal, en cuyas fracciones no considera a la sucesión como una persona jurídica. Por tanto para el caso de los fideicomisos testamentarios, éstos deben ser instrumentados y formalizados no por la sucesión como una persona jurídica, como quedó asentado, sino al través del albacea designado para tal efecto en la sucesión.

Continuando con el análisis del artículo, considera el maestro Eduardo Pallares, que la capacidad es "la condición jurídica de una persona por virtud de la cual puede ejecutar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general. También significa la actitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio, empleo o cargo público". (77)

Eduardo García Maynes, considera que la "capacidad suele ser definida como la actitud que una persona tiene de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde". (78)

La Legislación Mexicana en el Código Civil para el Distrito Federal en materia local, no describe lo que debemos entender por capacidad, no obstante, sí determina el momento en que ésta se adquiere y es así como el artículo 22 de la referida Ley dispone:

(77) *Pallares Eduardo, cit. por Minquini, Idem. p. 205.*

(78) *García Maynes, op. cit. p. 412.*

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero al momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

Los autores han distinguido en base a lo anterior en que existe una diferencia sustancial entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

La primera de ellas se adquiere desde la concepción y termina con la muerte, ya que el propio Código Civil otorga la capacidad de goce al no nacido en la medida en que el producto nazca vivo y viable y sea presentado aún vivo ante el Registro Civil dentro de las veinticuatro horas siguientes al nacimiento.

La segunda, se adquiere con la mayoría de edad, salvo los casos de excepción que la misma Ley prevee:

1.- Un menor de edad incluso no nacido si no tiene capacidad de ejercicio, deberá ejercitarla por medio de ambos padres o en su caso de su madre para adquirir los derechos que se deriven de la herencia o de una donación.

2.- Un menor de edad o emancipado requiere para hacer valer sus derechos o acciones de un representante, nombramiento que puede recaer sobre la persona de sus padres o incluso de un tercero.

3.- Cumplida la mayoría de edad o emancipado el menor esto es liberado de la patria potestad o de la tutela y que por virtud de ella le es otorgada la administración de sus bienes y el gobierno de su persona como consecuencia de su matrimonio, el sujeto podrá ejercitar actos jurídicos de toda índole excepto las personas que según el artículo 450 del Código Civil, se encuentren dentro del supuesto de considerárseles incapaces.

No obstante lo señalado anteriormente, en materia testamentaria, un demente puede otorgar testamento en un momento de lucidez, de acuerdo a lo previsto en los artículos 1307, 1308-9 a 1312 del Código Civil para el Distrito Federal.

3.1.2.- EL FIDUCIARIO.

El fiduciario es el segundo elemento de la relación fiduciaria materia de nuestro estudio y que hace posible la ejecución de las instrucciones que el fideicomitente le hace.

Al igual que del concepto del fideicomitente, la doctrina se ha encargado de darle diferentes connotaciones:

De Pina, lo define de la siguiente manera: Es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso. (79)

Cervantes Ahumada, lo considera como la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitidos. (80)

Joaquín Escriche, dice que es la persona en cuya probidad y buena fe se confía que harán lo que se le manda o encarga. (81)

Acosta Romero, señala que es la institución de crédito que tiene la concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal. (82)

(79) De Pina, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 5a. ed. México, 1976 Ed. Porrúa, S.A., p.220.

(80) Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y Operaciones*, op. cit. p. 292.

(81) Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo II, 1a. ed., Ed. Porrúa, S.A. México, 1979, p.703.

(82) Acosta Romero. op. cit. p. 337.

Para el ejercicio de dicha función, podemos considerar que según el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito "sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley de Instituciones de Crédito."

La Ley mencionada en su artículo 8o. establece que para dedicarse al ejercicio de la Banca y Crédito se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con opinión de la Comisión Nacional Bancaria y la del Banco de México, para obtener tal autorización.

Ahora bien, en el derecho angloamericano, las personas que pueden ser fiduciarios y trustees, deben contar con los siguientes requisitos, a decir del tratadista Rodolfo Batiza:

1.- Debe tener capacidad para adquirir y poseer en propiedad los bienes sobre los cuales se constituye el trust.

2.- Tener la competencia suficiente para manejar el patrimonio conforme a los términos establecidos en el instrumento respectivo o según las instrucciones de los beneficiarios, ya que la ejecución del trust puede requerir criterio y decisiones que impliquen conocimiento del mundo de los negocios.

3.- Debe estar domiciliado dentro de la jurisdicción del Tribunal que supervisa la administración del trust.

Es importante determinar, que en sus orígenes sólo podían ser trustees, las personas físicas o un determinado grupo de personas, debido a la idea de confianza, la cual sólo era posible depositarla en una persona física y no en una persona moral que carecía de "alma" y era considerada como algo abstracto. (83)

(83) Batiza, *op. cit.* p. 141.

Como se desprende del proyecto de Alfaro, podían ser fiduciarios las personas físicas, siempre y cuando que contaran con los requisitos que señala la Ley para ser tutores. Sin embargo, hacía notar las ventajas de que las personas morales fueran fiduciarios, al comentar el contenido de este artículo. (84)

Ahora bien, en nuestro derecho, desde el primer intento de legislación, se ha exigido que el fiduciario sea una persona moral. Los proyectos Creel y Vera Estañol, así como las diversas leyes que han estado en vigor, exigen que el fiduciario sea una institución bancaria autorizada.

Actualmente la legislación aplicable, determina que es necesario que las instituciones de crédito obtengan una autorización, para poder operar en fideicomisos, bajo las siguientes condiciones:

Ser instituciones de crédito constituidas como sociedades anónimas de capital fijo o variable, organizadas conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles, con lo cual quedan descartadas las personas físicas.

Por lo que hace a su designación, los fideicomitentes interesados en constituir un fideicomiso, serán quienes los designen, sin descartar lo que señala el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice:

"ART. 350.- En caso de constituirse el fideicomiso, y no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario; o, en su defecto el Juez de Primera Instancia del lugar en que estuviesen ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la Ley".

El artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala:

(84) *Idem*, pág. 166.

"La institución fiduciaria no puede excusarse de aceptar el encargo o renunciar a él sino por causas graves a juicio del Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio".

Los textos legales que acaban de ser transcritos nos hacen pensar en que la designación de un fiduciario se podrá hacer sin el consentimiento previo de éste y además de que se encuentra obligado a desempeñar el cargo.

Por otra parte, el artículo 350 de la Ley Sustantiva señala en su párrafo final:

"El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o por remoción, cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta sustitución cesará el fideicomiso".

Imaginando que se permitiera que los fiduciarios fuesen personas físicas la sustitución se justificaría aún más.

Respecto a la posibilidad de designar varios fiduciarios, el maestro Batiza hace el siguiente comentario:

"...esta posibilidad, más apropiada en relación con fiduciarios personas físicas, resulta inútil tratándose de fiduciarios institucionales, vistas la supervisión oficial a que están sometidos y a su duración indefinida; hasta donde llega nuestro conocimiento, no se ha utilizado en la práctica". (85)

(85) *Batiza, idem, p.p. 301-302.*

Sin embargo, no solamente las instituciones de crédito pueden actuar como fiduciarias, y aunque existen casos especiales comprendidos en la Ley en los cuales entidades no propiamente catalogadas como instituciones de crédito, actúan como fiduciarias, tal es el caso del Banco de México, que no obstante no ser propiamente una institución de crédito, realiza funciones fiduciarias con fundamento en el artículo 6o. fracción XI de su Ley Orgánica que a la letra dice:

"El Banco de México para la realización de sus funciones podrá efectuar las operaciones siguientes:

XI.- Actuar como fiduciario cuando por Ley se le asigne esa encomienda o cuando se trate de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones del banco. Este podrá canalizar recursos a los fideicomisos en los que tenga carácter de fiduciario, a través de las operaciones que esta ley le autoriza a realizar."

Así mismo, el Patronato del Ahorro Nacional como organismo público descentralizado del Gobierno Federal con personalidad jurídica y patrimonio propios en la Ley Orgánica que regula su funcionamiento, señala en su artículo 5o. lo siguiente:

Para el cumplimiento de su objeto el Patronato del Ahorro Nacional podrá:

VIII.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para llevar a cabo mandatos y comisiones.

3.1.3.- EL FIDEICOMISARIO.

Según el autor Rafael De Pina: "Es la persona que recibe el beneficio del fideicomiso, o la que recibe los remanentes, una vez cumplida la finalidad.

Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica."

Con respecto a esa capacidad, cabe aclarar que según se trate del tipo de beneficio, se requerirá de una capacidad de goce o de ejercicio, ahora bien cuando fideicomisario sea un incapaz, los derechos corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.

3.2.- Contenido del fideicomiso.

3.2.1.- OBLIGACIONES, FACULTADES Y DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE.

A.- Derechos del fideicomitente.

Reserva de derechos.

Según el artículo 351 de la L.G.T.O.C., en su segundo párrafo, el fideicomitente puede al constituir el fideicomiso, reservarse diversos derechos, los cuales serán tratados posteriormente.

Esto cobra una notoria importancia, sobre todo tratándose de fideicomisos en los que el fideicomisario es una persona diferente al fideicomitente, pues así el fideicomitente seguirá vinculado al fideicomiso, en la medida y en los alcances que de los derechos se reserve.

En la constitución del fideicomiso, el fideicomitente tiene el derecho de señalar un fideicomisario, el artículo 347 de la L.G.T.O.C., establece:

"El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado".

Pero desde el punto de vista del derecho sucesorio y del fideicomiso testamentario, el testador adquiere la calidad de fideicomitente y la relevancia jurídica que ello tiene, en cuanto al destino que tomarán sus bienes para después de su fallecimiento, al momento precisamente de su fallecimiento por lo que la designación de fideicomisarios (herederos o legatarios), es absolutamente necesaria al momento de su constitución, ya que de no existir éstos el fideicomiso testamentario no tendrá razón alguna de ser.

Derecho de designación de varios fideicomisarios.

El artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su segundo párrafo, establece que el fideicomitente podrá designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359, esta fracción se refiere a los fideicomisos prohibidos en los cuales, el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente, las cuales deben substituirse por la muerte del fideicomisario anterior, salvo en el caso en que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente, en la misma fracción, la propia Ley niega la posibilidad de creación de sustituciones fideicomisarias a fin de evitar que el derecho de propiedad, pierda su sentido. Es decir el derecho de propiedad no puede ser "sucesivo", de lo contrario, estaríamos en el supuesto de la permisión de los "mayorazgos", los cuales, representaron en su momento, ser un retraso para el desarrollo político y económico de los países que alguna vez lo adoptaron.

Derecho de designación de varios fiduciarios.

El artículo 350 de la Ley en mención, prescribe:

"El fideicomitente podrá asignar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de constituirse..."

La Ley no limita en cuanto al número que de fiduciarios pueda designar el fideicomitente, es sólo en la práctica en la que se determina el número, normalmente es sólo la institución fiduciaria la que realiza tal función, a fin de evitar que la buena marcha y agilidad en la toma de decisiones y procedimientos a seguir se vea afectada.

Derecho de supervisión del fideicomiso.

Para el caso de que no se reservara expresamente este derecho, el fideicomitente, al momento de constituirse el fideicomiso podrá ejercitarlo si en el acto constitutivo se reserva el derecho de requerir cuentas, puesto que ambos derechos se encuentran relacionados.

Así, el fideicomitente en un Fideicomiso intervivos podrá vigilar la buena marcha del fideicomiso y cerciorarse del cumplimiento de sus instrucciones que estipuló.

Es en este punto, cuando el fideicomiso testamentario presenta cierta problemática en cuanto a su supervisión, dado que el fideicomitente-testador, una vez fallecido, no podrá velar por el cumplimiento de sus instrucciones. Y es en base a la confianza depositada en el propio fiduciario, (entendiéndose ésta, como una institución jurídica que actúa siempre de buena fe), que descansa la posibilidad de que sus disposiciones testamentarias sean cumplidas y a su vez exigidas por los fideicomisarios.

Sin embargo, este derecho puede ser concedido a los fideicomisarios (herederos o legatarios) o sus representantes legales, en virtud de que este derecho les es transmitido a través del fideicomiso, a fin de que se respeten todas las instrucciones dadas en la última voluntad del fideicomitente-testador.

Derecho de requerimiento de cuentas.

Otro de los derechos que puede reservarse el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso, consiste en la facultad de solicitar del fiduciario, que rinda cuentas con motivo de su gestión; ésta facultad debe ser expresa, por lo que así lo determina el artículo 355 de la mencionada Ley, el cual establece que las acciones para pedir cuentas corresponderán al fideicomisario sin perjuicio de poder el fideicomitente, reservarse del acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

Por lo anteriormente expuesto, el fideicomisario, es quien en última instancia, recibirá los beneficios, y tendrá las acciones necesarias para solicitar le sean rendidas dichas cuentas por parte del fiduciario.

Derecho de remoción.

El artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito en su segundo párrafo establece:

"La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la Ley.

El artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito en su segundo párrafo establece:

"Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos el ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción".

Transmisión de derechos.

La ley especial no determina nada al respecto en lo referente a la posibilidad del fideicomitente de poder ceder los derechos que se reservó, por lo que es aplicable en este supuesto en forma supletoria, el artículo 2030 del Código Civil para el Distrito Federal:

"El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la Ley, se haya convenido en no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho".

Tratándose de la herencia, podrán transmitirse a los herederos aquéllos derechos que no sean de los que extinguen por la muerte, ya que conforme a lo establecido por el artículo 1281 del Código Civil para el Distrito Federal, en virtud de la herencia, se realiza la sucesión de todos los bienes del difunto, así como de sus derechos y obligaciones que no se extingan con la muerte.

Por esta interpretación el propio testador podrá ceder el derecho de vigilancia, de designar nuevo fiduciario, de pedir se rindan cuentas a los fideicomisario designados.

B.- Obligaciones del fideicomitente.

Pago de honorarios y gastos al fiduciario.

Mismos que debieron haberse pactado a la fecha de la constitución del fideicomiso o en las posteriores modificaciones o reformas, así como reembolsarle los gastos que éste hubiere erogado por cuenta de aquél; esta obligación también puede recaer sobre el fideicomisario, en el caso de no ser cumplida facultad al fiduciario para renunciar al desempeño de su cargo.

Cabe hacer notar que dicha obligación del fideicomitente-testador, una vez fallecido, recae sobre la masa hereditaria o patrimonio fideicomitado, situación que necesariamente deberán negociarse al ejecutarse el fideicomiso.

Saneamiento para el caso de evicción.

Obligación que surge para el fideicomitente, toda vez que el fideicomiso implica una traslación de dominio de bienes. Es necesario distinguir no obstante dos situaciones:

- 1).- Si el fideicomiso es oneroso, caso en el que el fideicomitente adquiere siempre la obligación de responder del saneamiento.
- 2).- Si el fideicomiso es gratuito, caso en el que el fideicomitente solo responderá del saneamiento si expresamente se hubiere obligado a ello.

3.2.2.- OBLIGACIONES, FACULTADES Y DERECHOS DEL FIDUCIARIO.

A.- Derechos del fiduciario.

Derechos de ejercer actos de dominio.

El fiduciario debe hacer y seguir en todo momento las instrucciones que al efecto reciba del fideicomitente o del fideicomisario según el caso, pudiendo hacerlo mediante la compraventa, la permuta, la donación o cualquier otro acto que implique una traslación de dominio.

A contrario sensu, el fiduciario no puede enajenar bienes muebles ni inmuebles a los que esté obligado a restituir y tampoco tiene la facultad de gravarlos, salvo que le haya sido conferida expresamente esta facultad o cuando así lo exigiere la recta ejecución de su cargo.

Ahora bien, en casos extremos aunque no se cuente con esa facultad podría darse lugar a lo que atinadamente comenta el maestro Rodolfo Batiza:

Ante el silencio de la ley, la semejanza de situaciones justifica la aplicación analógica del artículo 561 del Código Civil para el Distrito Federal, al disponer:

"Los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor, debidamente justificada y previa la conformidad del curador y la autorización judicial". (86)

(86) Batiza, *Idem*, p. 279.

Es necesario aclarar en este punto que el fiduciario en cumplimiento de lo fines que se persiguen dentro del fideicomiso tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso lo anterior, con fundamento en el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Así por ejemplo, cuando el fondo del fideicomiso sea de aquellos en los que se trata de administrar fondos para inversión de una suma de dinero representada en títulos valor tales como instrumentos a cargo del Gobierno Federal, inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, en acciones de Sociedades de Inversión o en valores aprobados por la Comisión Nacional de Valores, el fiduciario podrá enajenar dichos valores a su juicio o discreción dando cumplimiento en todo momento a los fines del fideicomiso y deberá actuar como "un buen padre de familia", sin necesidad de esperar las instrucciones que de ello pudieran recibir por parte del fideicomitente o del fideicomisario, ya que en la práctica bursátil, dicha situación dificultaría enormemente la celeridad de las inversiones de operaciones bursátiles.

Cuando dicha enajenación reporte un ingreso para el fideicomisario, es él quien está obligado al pago del impuesto sobre la renta correspondiente, es decir, conforme al artículo 1o. de la Ley del Impuesto Sobre la Renta:

"Las personas físicas y las morales están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en los siguientes casos:

I.- Las residentes en México respecto de todos sus ingresos cualesquiera que sea la ubicación de la fuente de riquezas de donde procedan."

Nos referimos a la obtención de intereses mediante la inversión que en títulos valor, y al efecto el artículo 7-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta considera como interés aquellas ganancias que se obtengan en la enajenación de bonos, valores u otros títulos de crédito, siempre que sean de los que se colocan entre el gran público

inversionista, conforme a las reglas generales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Teniendo el fiduciario el carácter de propietario fiduciario que no recibe las ganancias directamente y las operaciones las realiza por cuenta de terceros, son los fideicomisarios quienes se consideran para tal efecto, los sujetos pasivos en los créditos fiscales que dichas operaciones produzcan.

Derecho de gravar.

Es otra facultad que tendrá el fiduciario, siempre y cuando se le haya conferido al constituirse el fideicomiso.

Facultad de transigir, comprometer en árbitros y desistirse.

Para que el fiduciario pueda cumplir en última instancia con los fines del fideicomiso, debe tener y contar con este tipo de facultades que resultan necesarias en el ámbito judicial.

Facultad para reparaciones y mejoras, así como para administrar bienes.

Analizando las más frecuentes podemos mencionar las siguientes:

a).- *Facultad de arrendar.* Nuestro derecho es omiso en cuanto a la facultad de arrendar del fiduciario por lo que podría ser posible de aplicación supletoria lo que nos establece el artículo 573 del Código Civil que prescribe lo siguiente:

"El tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por más de cinco años, sino en el caso de necesidad y utilidad previo el consentimiento del curador y la autorización judicial".

b).- Empleo de auxiliares. Conforme al artículo 82 de la Ley de Instituciones de Crédito, se permite a la Institución fiduciaria el empleo de auxiliares, y al efecto nos dice lo siguiente:

"El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso...."

c).- Facultad de erogar. La ley es omisa nuevamente en lo que atañe al respecto, pero considerando que el fiduciario tiene la facultad o la obligación de efectuar tales gastos cuando sea necesario, tiene el derecho para exigir del fideicomisario, según el caso, el reembolso de tales gastos.

d).- Poder para Pleitos y Cobranzas. El fiduciario tiene la facultad de deducir todas las acciones que se deriven del desempeño de su cargo relacionadas con el patrimonio fideicomitado, puesto que de otra manera y al no defender tal patrimonio, en caso de conflicto se faltaría al cumplimiento de su obligación de actuar como lo haría un buen padre de familia.

e).- Derecho a honorarios. Según la Ley de Instituciones de Crédito que establece como una causa grave para que una institución fiduciaria renuncie al desempeño de su cargo, el que el fideicomitente o los fideicomisarios se nieguen a pagar las compensaciones en favor del fiduciario.

Publicidad de los servicios. Toda vez que son empresas mercantiles, tienen la facultad de recurrir a la publicidad a fin de ofrecer sus servicios fiduciarios.

B.- Obligaciones del fiduciario.

El artículo 356 de L.G.T.O.C., señala:

Aceptar el cargo

El fiduciario está obligado a aceptar en los términos del fideicomiso su designación y no podrá excusarse o renunciar de dicha designación, sino por causa grave a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

No obstante una parte de la doctrina sostiene que en la práctica esto no es operante, así Cervantes Ahumada señala:

Aunque la ley dice que la excusa para la aceptación solo podrá basarse en una causa grave, también calificada por el juez, creemos que la aceptación es voluntaria y que ningún banco puede ser obligado a aceptar un fideicomiso contra su voluntad.

(87)

Cumplir fielmente las instrucciones.

Esta es la obligación primordial del fiduciario, según se desprende del art. 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Al efecto señala Emilio Krieger, que solo en dos casos podrá el fiduciario no ajustarse a las instrucciones del fideicomitente:

(87) *Cervantes Ahumada, op. cit., pág. 293.*

"a).- Cuando siendo ilícito el fin, los mecanismos de ejecución sean contrarios a derecho, ya por que violen, desde un principio, normas jurídicas existentes o por que se conviertan en ilegales por variación posterior de las normas jurídicas aplicables.

b).- Cuando las instrucciones del fideicomitente respecto a las normas de cumplimiento sean o se vuelvan manifiestamente inadecuadas o aún opuestas al cumplimiento del fin del fideicomiso." (88)

Acatar las órdenes del comité técnico.

De conformidad con lo establecido por el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, el fideicomitente puede prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.

Y el fiduciario tendrá la obligación de acatar las instrucciones que reciba del comité técnico, y así la Ley Bancaria señala, que cuando el fiduciario obre acatando las instrucciones del comité técnico, estarán libre de toda responsabilidad.

d).- Inscripciones y avisos.

Cuando el patrimonio en fideicomiso se componga de bienes inmuebles se deberá inscribir en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, esto como una consecuencia de la transmisión de la propiedad que opera en favor del fiduciario.

Así mismo, el fiduciario deberá solicitar la inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, en aquellos fideicomisos en los que participen o de los que se deriven derechos cuyos titulares sean extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos que regula esa Ley.

(88) *Krieger Vázquez, Emilio, Tesis "notas sobre el fideicomiso" año 1944 Universidad Nacional Autónoma de México, p. 38.*

Registro contables.

Con base en el artículo 79, de la Ley de Instituciones de Crédito, en las operaciones de fideicomiso, las instituciones de crédito abrirán registros contables especiales respecto de cada contrato de fideicomiso, mandato o comisión, administración o custodia, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confieren, así como de los incrementos o disminuciones por los productos o gastos, por lo que deberán coincidir invariablemente, los saldos de las cuentas controladas que forman parte de la contabilidad de la institución con los registro contables especiales.

Conservación del patrimonio.

En el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se contiene esta obligación de responder de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. Así la Ley impone al fiduciario la obligación de vigilar que los bienes dados en fideicomiso no sufran daño alguno.

Pago de intereses e impuestos.

Toda vez que el fiduciario tiene la titularidad de los bienes fideicomitidos, le corresponde el pago de las contribuciones fiscales.

Más aún en la práctica, las instituciones rara vez aceptan encargarse de gestionar por sí mismas los pagos por tales conceptos; prefieren establecerlo como una obligación del fideicomitente o del fideicomisario y se reservan la facultad de verificar periódicamente que tales pagos se hayan cubierto.

Por lo que se refiere al pago de intereses el fiduciario tiene la obligación de hacer productivos los bienes, cuando se hayan dejado la discrecionalidad de la

inversión a la institución de crédito, y dependiendo del fin de que se trate, dependerá la amplitud de dicha facultad discrecional.

Por lo que hace al hecho de que el titular de un derecho o de un bien que produzca beneficios económicos es directamente el obligado al pago de las contribuciones, cabe aclarar que el fiduciario no puede ser considerado como un propietario ya que el efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, no puede asimilarse a la transmisión tradicional de derecho de propiedad. En el fideicomiso, la transmisión de propiedad se realiza para el solo efecto de que el fiduciario pueda cumplir el fin que se le encomienda. No es un dueño absoluto, su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso, es decir nunca recibe una ventaja personal de los bienes que se le han transmitido, ya que debe cumplir con ellos una misión que es la de administrar los bienes en provecho de otra persona, es decir los derechos que tiene el fiduciario se determinan por sus obligaciones, de tal forma que tendrá todos los derechos que sean necesarios para cumplir con sus obligaciones.

Al efecto menciona el Artículo 14 del Código Fiscal en sus fracciones V y VI que se entiende por enajenación de bienes:

"FRAC. V.- La que se realiza a través del fideicomiso, en los siguientes casos:

a).- En el acto en 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.

b).- En el acto en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho.

"FRAC. VI.- La cesión de derechos que se tenga sobre bienes afectos al fideicomiso, en cualquiera de los siguientes momentos:

a).- En el acto en que el fideicomisario designado ceda sus derechos o dé 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.

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

Tratándose de Fideicomisos en los que se realicen actividades empresariales señala el Artículo 9 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta:

"Cuando a través de un fideicomiso se realicen actividades empresariales, la fiduciaria determinará en los términos del Título II de esta Ley, la utilidad o pérdida fiscal de dichas actividades y cumplirá por cuenta del conjunto de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en esta ley, incluso la de los fideicomisarios acumularán a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal que le corresponda en la operación del fideicomiso, o en su caso, deducirán la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio y acreditarán proporcionalmente el monto de los pagos provisionales, incluyendo sus ajustes, efectuados por el fiduciario.

Cuando alguno de los fideicomisarios sea persona física considerará esas utilidades como ingresos por actividades empresariales. En los casos en que no se hallan fideicomisarios, o cuando estos no puedan individualmente se entenderá que la actividad la realiza el fideicomitente.

Para determinar la participación en la utilidad o pérdida fiscal, se atenderá fecha de terminación del ejercicio fiscal que para el efecto manifieste la fiduciaria.

Los pagos provisionales a que se refiere éste artículo, se calcularán de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 de esta Ley aplicado a las actividades del fideicomiso. En el primera año de calendario de operaciones del fideicomiso o cuando no resulte coeficiente de utilidad conforme a lo anterior, se considerará como coeficiente de utilidad para los efectos de los pagos provisionales, el que corresponda en los términos del artículo 62 de esta Ley a la actividad proponente que se realice mediante el fideicomiso, para tales efectos la fiduciaria, presentará una declaración por sus propias actividades y otra por cada uno de los fideicomisos.

Los fideicomisarios o, en su caso, el fideicomitente responderá por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir la fiduciaria.

C.- Prohibiciones al fiduciario.

El Art. 106 de la Ley de Instituciones de Crédito señala las prohibiciones para las instituciones de crédito y en especial la fracción XIX inciso (b) menciona que está prohibido al fiduciario:

"Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del art. 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percep

ción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

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

Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno. En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertará, en forma notoria, los párrafos anteriores de este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión."

También les está prohibido, transmitir los créditos o valores que sean materia de alguna de las operaciones mencionadas, a otro fideicomiso, mandato o comisión manejado por la propia fiduciaria, salvo que se trate de un mismo fideicomitente, mandante o comitente.

Operaciones Interdepartamentales.

El propio artículo 106, prohíbe a las instituciones fiduciarias efectuar operaciones con otros departamentos de la misma institución. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá autorizar, mediante acuerdos de carácter general, la realización de determinadas operaciones.

Art. 106 Fracción XIX (a).

Operaciones por cuenta propia.

Las instituciones fiduciarias tienen prohibido realizar por cuenta propia cualquier clase de operaciones, salvo las que puedan llevar a cabo con su capital y reservas, y las necesarias para su propia administración.

Se prohíbe a las instituciones fiduciarias, utilizar los fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones a que se refiere el párrafo segundo de la fracc. VI del multicitado art. 106, para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros de su consejo de administración, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; el accionista o accionistas que posean la mayoría de acciones representativas en las asambleas de la institución o que la gobiernen; los Directores Generales o Gerentes Generales; los Comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones, los auditores externos de la institución; los miembros del Comité Técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de todas las personas citadas o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría de dichas personas o las mismas instituciones.

Es procedente ahora determinar el ámbito de los derechos y obligaciones del otro elemento de la relación fiduciaria, dado que es en ella en quien recae el beneficio del fideicomiso, se trata de la figura del Fideicomisario.

3.2.3.- OBLIGACIONES, FACULTADES Y DERECHOS DE LOS FIDEICOMISARIOS.

A.- DERECHOS.

Derecho de exigir el cumplimiento del fideicomiso.

Con base en el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomisario tendrá el derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso, a través de la estricta observancia que haga de las instrucciones que reciba y vigilando que los fines del fideicomiso se cumplan.

Derecho de protección de los bienes.

Esta es la contrapartida de la obligación del fiduciario de actuar como buen padre de familia, por lo que es responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Derecho de anulación de los actos que celebre el fiduciario.

Conforme al 355 de la Ley anteriormente citada el fideicomisario tiene derecho de atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que le corresponden. O los actos que el fiduciario realice, sin apegarse a las instrucciones precisas del fideicomisario, fideicomitente o del comité técnico, en su caso.

Derecho a modificar el fideicomiso.

Si el fideicomiso se constituyó como irrevocable por el fideicomitente, podrá el fideicomisario efectuar las modificaciones que estime pertinentes, excepto si en el fideicomiso en forma expresa se asentó prohibiciones en tal sentido o si la modificación pudiera atentar contra los fines del fideicomiso.

Transmisión de derechos.

Siempre que no exista en el fideicomiso prohibición expresa. Si se trata de transmisión hereditaria, ésta será válida siempre que se trate de derechos que no se extinguen por la muerte del titular.

Requerimiento de cuentas.

Conforme a la Ley de Instituciones de Crédito, la institución fiduciaria al ser requerida para ellos deberá rendir las cuentas de su gestión dentro de un plazo quince días.

B.- Obligaciones del Fideicomisario.

La obligación principal del fideicomisario es pagar los honorarios del fiduciario, así como los gastos que la misma hubiere erogado, y todos los impuestos y derechos que se pudieran generar por la ejecución del fideicomiso.

Respecto a la capacidad jurídica del fideicomisario es conveniente aclarar algunas de las excepciones a la misma que imposibilitan a determinada persona o sector de personas para ser fideicomisarias y por ende aprovechar el fideicomiso.

EXTRANJEROS. No pueden ser fideicomisarios en un fideicomiso que recaiga sobre acciones de una empresa concesionaria de un servicio público de transporte, de una estación de radio o de un canal de televisión, puesto que la ley prohíbe ser titular de esas acciones (Ley de Inversiones Extranjeras y Reglamento).

Con fundamento en el Art. 1327 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicado por analogía, los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; pero su capacidad tiene las limitaciones

establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias constitucionales.

El art. 1328 del Código Civil establece:

"Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal. Los extranjeros que, según las leyes de su país, no pueden testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos."

El último párrafo de la fracción I del artículo 27 constitucional determina que los extranjeros no podrán adquirir el dominio directo sobre las franjas de agua que se encuentren en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas. De donde se infiere que los extranjeros no podrán adquirir tal propiedad o dominio directo en virtud de un fideicomiso en el cual pudieran tener el carácter de fideicomisarios, por lo que se limitarán tan solo a usar o disfrutar de tales bienes y estarán imposibilitados legalmente para exigir del fiduciario la transmisión de los mismos a su favor.

Ahora bien, el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito determina, que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisarios, siempre que su fin sea lícito y determinado.

Por lo cual se puede desprender que el fideicomisario, no es un elemento esencial para la constitución del fideicomiso.

Esta aseveración se debe a la cantidad indeterminada de fines que pueden tener los fideicomisos siempre y cuando sea lícito; así por ejemplo, se pueden constituir fideicomisos para levantar una estatua, se realice una investigación científica para encontrar un remedio o cura de una determinada enfermedad, etc.

4.- DEL COMITE TECNICO DEL FIDEICOMISO.

El fideicomitente puede designar a personas de su confianza para que éstas tomen las decisiones fundamentales, especialmente las relativas a los aspectos técnicos o de distribución de los fondos en el fideicomiso. Sin embargo el nombre que la ley da al Comité Técnico, es un tanto cuanto limitativo en lo que respecta a sus funciones, pues éstas pueden ser tan amplias como el fideicomitente lo desee.

Es por esto que para asegurar el buen funcionamiento del fideicomiso, es necesario que en el acto de su creación, el fideicomitente deje perfectamente establecidas y previstas las normas o reglas que regirán su actuación, la frecuencia con que se deberá sesionar, la manera en que se tomarán las decisiones, las formas en que éstas deben comunicarse al fiduciario, los honorarios que pudieran llegar a percibir los miembros, la existencia de cargos honoríficos. etc.

Si bien es cierto que el fiduciario actúa en base a las instrucciones y disposiciones que el comité técnico le señala, dejará de tener responsabilidad alguna, cuando tales instrucciones induzcan al fiduciario a actuar cometiendo actos ilícitos o bien cuando tales instrucciones sean claramente contrarias a los fines del fideicomiso, en estos casos, el fiduciario podrá oponerse a cumplir las instrucciones recibidas y solicitar a la autoridad judicial que lo libere de cualquier responsabilidad.

5.- TIPOS DE FIDEICOMISOS.

Debido a que el fideicomiso cuenta con una singular adaptabilidad y versatilidad, tanto en actividades civiles como en las actividades mercantiles e incluso las de carácter administrativo hacen del mismo, una actividad un tanto cuanto ociosa al tratar de realizar una clasificación. A pesar de ello con motivo de permitir un mayor control en la contabilidad interna de las instituciones fiduciarias, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en la circular número: 14421/751, de fecha 24 de abril de 1970, clasificó, con fines estrictamente utilitarios, los fideicomisos del derecho mexicano, de acuerdo con los probables objetos que podrían ser materia de contrato y de ésta manera facilitar el control y la coordinación contable y financiera de cada institución.

La clasificación publicada en ese entonces es como sigue:

- Fideicomisos de Administración. Aquel en el que el fideicomitente hace la entrega de bienes inmuebles al fiduciario para que éste se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, el pago de impuestos que gravan la propiedad, etc...

- Fideicomisos de Garantía. Son aquellos constituidos con la finalidad de que el fiduciario reciba los bienes o derechos fideicomitados para con ellos se garantice el cumplimiento de una obligación principal a cargo del fideicomitente.

- Fideicomisos de Inversión. Aquellos que consisten en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario con la finalidad de manejar los fondos que al efecto se le confían, recurriendo para ello a una determinada inversión.

El fideicomiso también se ha empleado para muchos otros propósitos y finalidades que pudieran no estar comprendidos dentro de cualquiera de las tres categorías antes señaladas, tal es el caso de los fideicomisos para fraccionamientos y lotificación de terrenos, emisión de certificados de participación, seguros de vida, planes de pensiones para empleados, anteriormente los fideicomisos de tiempo compartido, los fideicomisos de planeación patrimonial, etc., estos son los fideicomisos que con mayor frecuencia son constituidos en la práctica, y que han logrado ser considerados como una nueva clasificación práctica y doctrinaria del fideicomiso mexicano, además en ellos pueden establecerse diversas modalidades como las que se señalan a continuación:

"Fideicomiso con Reserva: Es aquél en que el fideicomitente se reserva para sí la titularidad sobre el patrimonio fideicomitado, que transmite íntegramente a la fiduciaria;

b).- Fideicomiso sin Reserva: Es aquél en que el fideicomitente no se reserva para sí la titularidad sobre el patrimonio fideicomitado, que transmite íntegramente a la fiduciaria;

c).- Fideicomiso Revocable: Es aquél en que el Fideicomitente se reserva la facultad expresa de revocar el fideicomiso;

d).- Fideicomiso Irrevocable: Es aquél en que el fideicomitente no se reserva el derecho de revocar el fideicomiso, aunque en algunas ocasiones conserva ciertos derechos en el fideicomiso;

e).- Fideicomiso Puro y Simple: Es aquél en que no se estipula condición o términos específico;

f).- Fideicomiso Condicionado o de Término Específico: Es aquél fideicomiso que se encuentra sujeto a una condición y/o término suspensivo o resolutivo;

g).- Fideicomiso Gratuito: Es aquél que constituye el fideicomitente en favor de otra persona en su carácter de fideicomisario, sin pactar contraprestación alguna;

h).- Fideicomiso Oneroso: Es aquél en que se pacta un precio como contraprestación, a cargo del fideicomisario y en favor del fideicomitente.

De un tiempo a la fecha, se ha manifestado una práctica generalizada por parte de quienes quieren constituir fideicomisos con fines culturales en favor del país ya sea para el establecimiento de museos, o para el otorgamiento de becas en favor de determinadas personas que cumplan con ciertos requisitos establecidos para tal efecto; sobre éste punto podemos señalar que los fideicomisos aún los testamentarios, pueden ser considerados desde el punto de vista de sí se encuentran o no determinados los fideicomisarios, como fideicomisos "abierto o cerrados". Por lo que atañe o alude considerarse dentro de una parte que de una nueva clasificación del fideicomiso se realice.

Al respecto el Banco de México, a emitido una circular (1935) por medio de la cual determina que para la constitución de éste tipo de fideicomisos, las instituciones de crédito deberán solicitar la autorización expresa del Banco Central.

6.- EXTINCION DEL FIDEICOMISO.

Conforme al artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, existen causas que determinan la terminación de un fideicomiso, en donde puede intervenir la voluntad de ambas partes de una sola de ellas o inclusive por causas que provienen de hechos ajenos a la voluntad de las partes.

6.1.- Causas de extinción conforme a la Ley.

El artículo anteriormente referido, menciona en siete fracciones, las causas de extinción del fideicomiso:

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

 - II.- Por hacerse imposible el motivo o fin por el cual fué constituido.

 - III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva en el plazo señalado al momento de la constitución o en su defecto a los veinte años siguientes a los de su constitución;

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

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

 - VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente, lo cual procede cuando el mismo se reservó el derecho al constituirse el fideicomiso;
- Y

VII.- En el caso del párrafo final del artículo 350."

Además de agregar que los fideicomisos no pueden durar más de 30 años, el artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que fideicomisos quedan prohibidos, de la siguiente forma:

"I.- Los fideicomisos secretos.

II.- Aquellos en los cuales los beneficios se concedan a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por la muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente, y

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

Conforme a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera, en su artículo 20, establece:

"La duración de los fideicomisos a que este capítulo se refiere (es decir a los fideicomisos en fronteras y litorales de la fracción I del artículo 27 constitucional), en ningún caso excederá de treinta años. La institución fiduciaria conservará siempre la propiedad de los inmuebles; tendrá la facultad de arrendarlos por plazos no superiores a diez años, y ala extinción del fideicomiso podrá transmitir la propiedad a personas legalmente capacitadas para adquirirla".

No obstante lo antes previsto, el Reglamento de la Ley para promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera señala en el mismo artículo 20 los siguiente:

Quando termine la duración o cuando se extingan los fideicomisos..., la Secretaría de Relaciones Exteriores expedirá, con base en dichos numerales, los permisos que se soliciten para la celebración de fideicomisos nuevos respecto de los mismos bienes ubicados en la zona restringida, si se satisfacen los siguientes requisitos...".

Para lo cual podemos concluir, que la duración máxima de treinta años no es tan radical como parece mencionarlo la propia ley.

6.2.- Causas de extinción conforme a la Voluntad de las Partes.

Las causas de terminación conforme a la voluntad de las partes es consignado por el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el cual nos señala que el fideicomiso puede extinguirse por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario, pero podemos deducir otras causas que no están expresamente previstas por la ley, como es en los siguientes casos:

1.- Por renuncia del fideicomisario. Cuando el fideicomisario no acepta los beneficios instituidos a su favor, habiendo fallecido ya el fideicomitente; estaremos frente a un caso de extinción del fideicomiso.

2.- Cumplimiento del término o plazo. Por acuerdo del fideicomitente y del fiduciario se puede establecer un plazo de vigencia de un contrato de fideicomiso.

3.- Por la destrucción de la cosa. Debido a que representa un elemento indispensable para la existencia del fideicomiso, si la cosa se destruye, sobrevienen necesariamente la terminación del fideicomiso.

4.- Desaparición o transmisión de la materia del fideicomiso en favor de una causa de utilidad pública.

7.- CONSECUENCIAS DE LA TERMINACION DEL FIDEICOMISO.

Estas consecuencias las encontramos contenidas en el artículo 358 de la Ley de la Materia y que consiste en la desaparición del patrimonio y bienes afectos al fideicomiso, salvo disposición expresa en contrario del fideicomitente, volverán a éste o a sus herederos.

Al extinguirse el fideicomiso y transmitirse el patrimonio, cesará el derecho de los fideicomisarios a continuar persiguiendo los beneficios de la situación resultante del fideicomiso que se termina.

También trae como consecuencia la cancelación de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad en que haya sido inscrito; basta que la institución de crédito tratándose de bienes inmuebles o derechos reales así lo haya asentado en el documento constitutivo para que ésta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad y por tanto quede cancelada.

Reversión de los bienes; según el artículo 358 de la Ley sustantiva, extinguido sea el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos.

Fuerte es la crítica por parte de Emilio Rabasa, citado por el autor Luis Muñoz al texto de este artículo:

"Ninguno de los preceptos de la Ley que introdujo el fideicomiso angloamericano en México, revela mayor desconocimiento de la naturaleza jurídica de la institución que se quiso reproducir.

Al respecto Luis Muñoz coloca al fideicomitente en el primer lugar dentro del fideicomiso como si éste fuera una especie de dueño de la nuda propiedad que al extinguirse el usufructo consolidará en su favor el pleno dominio respecto del patrimonio dado en fideicomiso.

Ignoran en absoluto el interés jurídico que pertenece al fideicomisario al otorgar el fideicomitente el fideicomiso en beneficio de aquél pero, resulta por tanto contrario a la naturaleza jurídica del acto traslativo de dominio denominado fideicomiso y a todas luces resulta absurdo, disponer de un modo absoluto e ilimitado que en todos los casos de extinción del fideicomiso los bienes a él destinados, sean devueltos por el fiduciario al fideicomitente o a sus herederos.

Terminación por convenio. El artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece como una forma de extinguir el fideicomiso, el convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario. Caso en el cual, el fiduciario se ve obligado a acatar y sujetarse a la instrucciones que al efecto reciba.

El fiduciario al recibir dicha instrucción deberá dar por cancelado el fideicomiso, por lo que acatar ésta instrucción, no implica un acuerdo de voluntad de su parte.

En el fideicomiso testamentario una de las formas de terminación por este medio no sería posible, debido a que existe la nota característica a toda liberalidad, en la que la voluntad de quien concede la misma, es la que debe subsistir.

Revocación.- Es otro de los derechos que puede reservarse el fideicomitente al celebrar el fideicomiso, puesto que la revocación es, según lo que establece el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, una de las formas de extinguir el fideicomiso:

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

Fallecimiento del fideicomitente.- El fideicomiso puede acabar si se estableció como una causa de terminación del mismo, la muerte del fideicomitente y éste fallece, para el caso de los fideicomisos celebrados por "acto intervivos".

En atención a lo anterior el tratadista Emilio Krieger señala:

"El condicionamiento del fideicomiso en relación con la muerte del creador tiene sentido contrario a los fideicomisos en general. Los fideicomisos testamentarios, es decir, los constituidos en virtud del testamento del fideicomitente, empiezan a producir sus efectos a partir de la muerte del fideicomitente." (89)

(89) *Krieger Emilio, Manual del fideicomiso mexicano, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A. p. 41.*

CAPITULO II

DEL TESTAMENTO

1.- NATURALEZA JURIDICA Y CONCEPTO **DEL TESTAMENTO.**

1.1.- Naturaleza jurídica del testamento.

Al hablar de la naturaleza jurídica del testamento es necesario aludir antes que cualquier otra cosa, a la importancia fundamental que desempeña en su función dentro del derecho sucesorio.

Para lo cual antes de abordar el tema propiamente de la naturaleza jurídica y del concepto del testamento, he de hacer algunas consideraciones que resultan de vital importancia para la comprensión y desarrollo de tales conceptos.

Uno de los derechos más desarrollados por los pueblos en la antigüedad, fué el derecho sucesorio a raíz de la preocupación por definir el destino de todo aquello que las personas poseyeran o les perteneciera y que de una forma u otra, quisieran perpetuarse a través de los hijos y de la familia, todo esto traducido en diversos

beneficios en favor de todas aquellas personas las cuales durante la vida del de cujus se habían ligado a éste, por el afecto, su admiración, por vínculos de sangre, etc.

El derecho sucesorio es pues en resumidas cuentas una adopción y adaptación de determinaciones que nacen de la preocupación por determinar el modo y la forma en que han de continuar las situaciones jurídicas que queden vacantes a raíz de la muerte de la persona del de cujus, además de regular jurídicamente en qué medida las manifestaciones de voluntad del de cujus referente a la configuración de sus relaciones familiares y patrimoniales, puedan ser reconocidas por el derecho y establecer así, medidas transitorias a la muerte de una persona como lo son la apertura del testamento, el aseguramiento de bienes y la división del caudal, la liquidación y el pago de las deudas a los acreedores, etc.

Se trata pues de una rama del derecho privado que contempla la suerte a seguir, de todas las relaciones que se refieran al patrimonio del de cujus en relación a la sucesión del mismo en sus obligaciones y derechos, no siendo de la misma forma para el caso de la extinción de las personas morales, debido a que tal supuesto no implica ninguna sucesión desde el punto de vista del derecho sucesorio y sólo las personas físicas pueden otorgar testamentos.

El derecho sucesorio es pues, consecuencia de la necesidad de extensión de la personalidad del de cujus en lo referente a sus derechos y obligaciones que pudiese tener al momento de su muerte en relación directa con su patrimonio. Todos los principios del derecho hereditario tienen por objeto reglamentar este fenómeno, pues se ocupará de saber y determinar quienes serán los herederos las personas con vocación para heredar, así como designar al albacea quien será evidentemente el encargado para desempeñar un papel sumamente importante al administrar los bienes de la sucesión, elaborar el inventario, gestionar los avalúos, valorizar el activo a fin de liquidar a los acreedores, además de rendir cuentas del activo depurado, que es el que se tomará en cuenta en el proyecto de partición de la herencia. (90)

(90) *Leopoldo Aguilar Cervajal, Segundo curso de Derecho Civil, 4a. ed. Ed. Porrúa, S.A., México, 1980, págs. 271 y 272.*

Al respecto, el albacea como figura que coadyuva con la liquidación de la herencia, no obstante ser una figura muy útil en vigilar la buena marcha en toda administración de la sucesión, cabe aclarar que no se contrapone a la idea de constitución de fideicomisos testamentarios, debido a la posibilidad que tiene el albacea de jugar un papel muy importante en la ejecución de los mismos.

Según el artículo 1282 del Código Civil, la herencia se difiere por la voluntad del testador o por disposición directa de la Ley; la primera se denomina testamentaria y la segunda legítima; también es de uso corriente que a la sucesión intestada se le llame ab intestato o intestado.

La diferencia fundamental entre ambas figuras consiste en lo siguiente: Mientras en la sucesión testamentaria, el testador, tiene la facultad de designar a sus herederos y a sus legatarios mediante el testamento; en la sucesión legítima no existe declaración de voluntad expresa al respecto, careciendo por tanto de un testamento, supliendo la ley ésta omisión y designando para tal efecto, a los herederos que nunca serán legatarios, debido a que los legados suponen una manifestación o declaración unilateral de la voluntad del testador, refiriéndose exclusivamente a la sucesión testamentaria, (artículo 1283 del Código Civil para el Distrito Federal). (91)

El tipo de sucesión que será motivo de nuestra consideración es precisamente la sucesión testamentaria, ya que al hablar de un fideicomiso testamentario necesariamente hemos de referirnos a la existencia de un testamento.

Habiendo analizado a groso modo la finalidad del derecho sucesorio, toca el turno de considerar uno de los conceptos de mayor relevancia en materia sucesoria; me refiero al concepto de sucesión el cual nos llevará necesariamente a diferenciar las expresiones "actos mortis causa", de los actos de última voluntad y a su vez, de esta comprensión de conceptos podremos elaborar un criterio clasificatorio que resulta necesario para diferenciar los fideicomisos cuasi-testamentarios de los fideicomisos testamentarios.

(91) *Idem. pág. 274.*

A.- LA SUCESION.

Por sucesión en sentido estricto o restringido debemos entender, la transmisión de todos los bienes y derechos del difunto, así como sus obligaciones que no se extinguen con la muerte (Art. 1281 del Código Civil). Así, la persona designada como heredero universal o legatario inclusive, adquirirá la propiedad de su patrimonio además de todas sus obligaciones y derechos.

En relación con el fideicomiso testamentario, la persona nombrada como heredera del mismo, para efecto del fideicomiso adquiere el carácter de fideicomisario, sin embargo, la transmisión de los bienes y derechos del difunto así como las obligaciones que no se extinguen por su muerte y que el propio testador haya afectado, pasarán en propiedad fiduciaria a la Institución de Crédito que haya sido designada por el mismo.

Lo anterior es una consecuencia de lo que establece el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra nos dice:

"Puede ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia solo podrán ejercitarse respecto de ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieren, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto a tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados".

Es decir, el fiduciario entonces actúa de acuerdo a las Instituciones del fideicomitente-testador en lo consiguiente a las relaciones jurídicas que pertenecían a éste, para dar cumplimiento fiel a su voluntad.

Luego entonces, el fiduciario podrá recibir determinados bienes a título particular para ejecutar la voluntad del testador investido de la legitimidad que se le ha ya reconocido a través del fideicomiso testamentario. Así, podrán por ejemplo, recibir un bien inmueble para el cobro de las rentas que de él deriven y entregarlas periódicamente a los herederos, recibir acciones representativas del capital social de una empresa en la cual participaba el testador y ejercitar los derechos patrimoniales o corporativos que deriven de dichas acciones, etc.

B.- DE LOS TIPOS DE SUCESION.

La doctrina ha considerado que existen dos tipos de sucesión; una en sentido amplio, es considerada como todo cambio de carácter subjetivo de una relación de derecho y la otra, en sentido limitado, como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra. (92)

Por consiguiente son especies de la sucesión, tanto la sucesión mortis causa, como la sucesión intervivos, pudiendo ser la primera universal y singular, mientras que la segunda no puede ser más que singular; de ahí que la sucesión puede ser:

1.- A título particular; Respecto de un derecho individual como es el de la propiedad de una cosa; el comprador es el sucesor del vendedor, en el cambio

(92) *De Pina Reafoel, Derecho Civil Mexicano, Ed. Porrúa, 2a., edición, México 1962, p. 248.*

meramente subjetivo de la relación de derecho.

Dentro de ésta clasificación encontramos las sucesiones intervivos:

A).- Las realizadas en vida del titular denominada sucesión "inter vivos":

Ejemplo: La compraventa, la donación en el que el comprador o el donatario son los sucesores de la persona del vendedor o donante y aquí cabrían los fideicomisos constituidos en vida del fideicomitente respecto de determinados bienes y con disposiciones o cláusulas testamentarias que no son fideicomisos testamentarios propiamente dichos.

B).- A título oneroso: ejemplo: La compraventa y el mutuo;

C).- A título gratuito: ejemplo: La donación y el legado.

Sucesiones mortis causa

A).- Por muerte del titular: ejemplo: el legado.

2.- A título universal.- Respecto a la totalidad de un patrimonio, la cual se caracteriza por:

a) Efectuarse solo por causa de muerte del titular o sucesión mortis causa, también llamada herencia y que se concretiza mediante el instrumento jurídico llamado testamento con las formalidades exigidas por la ley para ser considerado como tal, excluyendo cualquier otro tipo de sucesión como es el caso de la sucesión intervivos.

b) Ser gratuita (toda transmisión mortis causa es gratuita). Cuando la transmisión mortis causa se refiere a un determinado bien y no todo el patrimonio del difunto, recibe el nombre de legado.

Cuando se trata de sucesión por causa de muerte o mortis causa, ésta puede ser como ya mencionamos a título universal el cual recibe el nombre de herencia o a título particular que recibe el nombre de legado.

Las expresiones "Acto Mortis Causa" y "Actos de Ultima Voluntad" no son sinónimos. Los actos mortis causa, comprenden una especie de las disposiciones de los actos de "última voluntad".

El testamento es un acto de última voluntad y es por causa de muerte.

El concepto de actos mortis causa ha presentado un desarrollo dentro de la doctrina muy interesante, el cual nos servirá para diferenciarlos de los actos intervivos cuyos efectos se postergan para el momento de la muerte.

El autor argentino Elías P. Gustavino, señala para estos efectos que " en los textos del Derecho Romano tales términos designaban con mucha vaguedad todos los actos que de cualquier modo se vinculaban al evento de la muerte de una persona, sea el autor del acto, sea de un tercero, como su motivo determinante, como elemento ocasional, como motivo o como modalidad; de modo que dicha expresión representaba el amplio denominador común de valores diferentes y no una categoría de actos fundada en un perfil de actos sistemático determinados."

Con el paso del tiempo la doctrina se ha perfilado por concretizar éstas nociones y ha evolucionado el sentido de la expresión "mortis causa".

Continúa diciendo el maestro Gustavino que "en la teoría moderna de la clasificación de los actos jurídicos como negocios mortis causa es esencialmente referida al aspecto funcional-objetivo de los mismos es decir, se atiende a la naturaleza de las relaciones y su determinación en el tiempo.

La dificultad surge cuando se procura establecer con precisión el concepto correlativo de actos inter vivos, ya que algunos autores también los consideran desde el punto de vista funcional. Es erróneo aplicar el criterio funcional para caracterizar de igual forma a los actos inter vivos.

Es decir, los actos intervivos son aquellos en que la muerte de una persona, no es un elemento esencial para que el acto produzca sus efectos, los producen de antemano.

Los fideicomisos que se constituyen por acto entre vivos se refieren a aquellos que se constituyen en vida de quien afecta ciertos bienes a un determinado fin, como pueden ser los fideicomisos de garantía que constituye una persona en su carácter de deudor para garantizar un adeudo que tiene con otra persona, quien para el caso de incumplimiento tendrá derecho a que le sea entregado el producto de la venta del bien dado en fideicomiso y se le considerará fideicomisario o beneficiario del producto.

En cambio, el fideicomiso que se constituye por testamento es un fideicomiso en el que la muerte de la persona es un elemento esencial para que éste comience a surtir sus efectos, y luego entonces, el fideicomiso se encontrará suspendido en sus efectos hasta el término en que ocurra el fallecimiento del testador.

"Los actos inter vivos se perfilan desde el punto de vista subjetivo, o funcional subjetivo, mientras que los actos mortis causa se tipifican desde un punto de vista objetivo o funcional objetivo correspondiente a la noción de la causa que los caracteriza". (93)

Es decir, en los actos jurídicos mortis causa, la muerte de una persona es un elemento esencial para que el acto produzca sus efectos y el único acto jurídico mortis

(93) *Elias P. Gustavino, Pactos sobre Herencias futuras, Ed. Ediar, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1968. págs. 41 - 49.*

causa en nuestro derecho, lo constituye el testamento. (94)

Se ha pretendido dar la categoría de testamentarios a aquellos fideicomisos que se constituyen en vida del fideicomitente y cuyos efectos se postergan a la muerte del mismo, pero es innegable que estos actos no son actos constituidos en el testamento, debido a que no reúnen las formalidades establecidas por la ley, sino que se trata de actos constituidos inter vivos y con efectos "post mortem", es decir que continúan sus efectos después de la muerte del fideicomitente.

Así mismo, se ha pretendido dar la característica de actos mortis causa a aquellos fideicomisos que nacen de una disposición testamentaria por el que el testador encarga a su albacea, la constitución de un fideicomiso en favor de los herederos, estos fideicomisos son actos que se constituirán por un acto "inter vivos" pero que tienen como base una disposición testamentaria prevista en un testamento.

C.- Diferencia de los actos "mortis causa" con los actos "inter vivos" cuyos efectos se postergan hasta la muerte.

En los actos mortis causa el hecho de la muerte es el punto de origen y constituye un presupuesto esencial del efecto y no solo un simple momento cronológico inicial de su eficacia. Mientras ese evento no acontezca, no existe un derecho condicional a favor del futuro beneficiario, lo que existe es un derecho eventual.

Por el contrario, en los actos "inter vivos", la muerte sirve como punto de referencia de los efectos, y el deceso constituye el momento cronológico inicial de eficacia del negocio jurídico. Tal es el caso del contrato de seguro de vida donde la muerte del asegurado es solo una modalidad pactada entre las partes.

(94) *Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, Ed. Porrúa, S.A. México, 1991.*

Al efecto, Messineo, citado por el autor Elías P. Gustavino propone: "La función que la muerte de la persona ejercita en los negocios mortis causa, no es de orden temporal; o sea, que la muerte no es el momento en que el negocio adquiere efecto; es por el contrario, el evento en virtud del cual se produce el efecto y sin el cual no se produce. Por consiguiente, no por que en un negocio se haga referencia a la muerte de una persona como determinante de cierto efecto, se lo debe adscribir, sin más, al grupo de los negocios por causa de muerte: Como ya lo mencionamos el seguro sobre la vida de una persona es negocio "inter vivos", aunque el mismo produzca efectos como consecuencia de la muerte del asegurado; la revocación del testamento mediante acto autorizado por Notario es, igualmente acto entre vivos". (95)

D.- Diferencia entre sucesión "mortis causa" y sucesión "inter vivos".

Los tratadistas españoles José Luis la Cruz y Manuel Albaladejo, señalan que "la diferencia, está en que mientras en la sucesión inter vivos, el fenómeno sucesorio gravita más sobre el sucesor, que sobre la persona del precedente titular, dirigiéndose la transmisión a disolver una relación sujeto objeto a fin de operar el sub ingreso de otro sujeto; en la sucesión Mortis causa, hay un acto de destino de bienes o derechos del primitivo titular y además no opera como en los negocios intervivos, la adjudicación del derecho del que se dispone ni se tiene el dominio absoluto del fenómeno transmisivo.

Y por último, la sucesión "mortis causa" representa una voluntad emitida en el pasado, una voluntad destinada a asignar a un sujeto unas titularidades que necesariamente deben ser asignadas a alguien". (96)

E.- DE LA HERENCIA.

(95) Messineo, citado, por Elías P. Gustavino, op. cit. pág. 44.

(96) José Luis de la Cruz y Manuel Albaladejo, op. cit. pág. 7.

Es la sucesión a título particular o universal por causa de muerte de aquellos derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte del de cujus o autor de la sucesión.

Por lo tanto se desprende que la herencia es una clase del género de las sucesiones.

La herencia puede ser: A título universal es decir se refieren todos los bienes, derechos y obligaciones o de una parte alcuota o a título particular se refiere a bienes concretos y dicha sucesión es prevista mediante un testamento.

1.2.- Concepto de testamento.

Al acto jurídico personalísimo, revocable y libre por el que el testador o el de cujus dispone de sus bienes, derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte recibe el nombre de TESTAMENTO (Artículo 1295 del Código Civil) y en principio mediante el mismo toda persona, tiene el derecho de disponer libremente de todos sus bienes.

Nuestro antecedente jurídico más remoto en materia de regulación del derecho sucesorio, es el Derecho Español en lo que respecta a la legislación contenida en las "siete partidas" que regulaba todo lo relativo al testamento:

Fué definido por la Ley II, título primero, partida sexta como:

"La voluntad ordenada en que uno establece su heredero, o de parte lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo después de su muerte".

Dos fueron las especies de testamentos admitidas tanto por las partidas, como por la novísima recopilación: Los nuncupativos o abiertos y los escritos o cerrados. Admitieron también la existencia de codicilos en los cuales, si eran abiertos, hablan de concurrir las mismas solemnidades que en los testamentos abiertos, y si eran cerrados hablan de intervenir necesariamente cinco testigos que supieran firmar, esto como consecuencia del Derecho Romano que impregnó las legislaciones de los países europeos dominados por Roma y que analizamos en una primera parte de este trabajo siendo el codicilo considerado como un instrumento paralelo al fideicomiso romano.

También distinguieron las partidas entre los testamentos otorgados con fé pública, que eran los que se otorgaban ante el Rey y en los cuales no era necesario otro testigo mas que el propio monarca y los otorgados con fé privada que eran los ordinarios.

Las leyes de Toro regularon ampliamente el llamado testamento por comisario, es decir, el testamento otorgado por un tercero en virtud de los poderes para testar recibidos en su favor de la persona que quería disponer mortis causa de sus bienes. De esta institución, sancionada más tarde por la novísima recopilación, se encuentra precedentes en el fuero municipal de Soria y en el fuero Real. Dicha institución, actualmente ya no tiene razón de ser en nuestro derecho, debido a que el derecho a testar se entiende como un derecho personalísimo.

Actualmente nuestras leyes civiles no permiten esta forma de testar ya que como se ha mencionado, se trata de un acto tan personal e individual en el que el individuo expresa su voluntad no dando lugar a la intervención de ninguna persona; sin embargo, creo de importancia relacionar este antecedente en virtud de que en alguna época, durante la Colonia fué posible constituirlo de esta manera.

El testamento es un acto llamado a producir sus efectos después de la muerte del autor, y además requiere reforzarse de seguridades que garanticen la exacta y clara

expresión de la voluntad del autor, pues no cabe la posibilidad de aclaraciones o rectificaciones en el momento de su aplicación. Es así como se puede observar, que desde mucho tiempo atrás se ha exigido una forma estricta para constituirlo y que la técnica jurídica considera como un elemento de existencia, por lo que el testamento tiene el carácter de ser un acto jurídico solemne.

Es decir, es muy importante la claridad en la expresión de la voluntad de una persona, pero si esta manifestación no reúne los requisitos de formalidad y de solemnidad establecidas por la ley, el testamento no tendrá ninguna validez.

Como en todos los actos jurídicos, el testamento posee elementos de existencia y elementos de validez. Así, los elementos de existencia o de inexistencia del testamento son: La voluntad, el objeto y la formalidad.

La voluntad en el testamento, como acto unilateral substituye el consentimiento en los actos bilaterales; pero debe ser emitida con la finalidad de producir consecuencias de derecho; en esto se diferencia básicamente de los hechos jurídicos voluntarios; pero si el que la emite desea producir otra clase de efectos que no sean jurídicos, no puede entenderse que sea testamento lo que se trata de consagrar.

El artículo 1489 del Código Civil además exige que la voluntad se exprese de forma clara y expresamente no admite la voluntad tácita, como lo es en el caso de otros actos jurídicos, ni por señas o monoslabos que pudiese dar el testador en contestación a las preguntas que se le formulen.

La declaración de voluntad debe tener como intención la producción de efectos jurídicos, pues de lo contrario al no producirlos, estaríamos frente a un hecho jurídico voluntario y no frente a un acto jurídico como lo es el testamento.

Por lo que hace al objeto del testamento debe ser posible, la cosa debe estar comprendida dentro de comercio y ser determinada o determinable. Si careciese de

estas características, se produce la nulidad en el testamento. El legislador a propósito de los legados reglamenta el objeto de los mismos y reconoce estas cualidades para considerarlos válidos.

Los elementos de validez del testamento son la forma, la capacidad y la ausencia de vicios de la voluntad.

En el testamento, la capacidad exigida por la ley para su otorgamiento, es la edad de dieciséis años; excepción a la regla general que exige la propia ley al considerar la capacidad de ejercicio a los dieciocho años; además que esté el testador en su sano juicio, es decir en pleno goce de sus facultades mentales (art. 1306 fracción II y 1307 del Código Civil para el Distrito Federal). Por lo que hace a la incapacidad mental, la ley permite otorgar testamento, en intervalos lúcidos (1308 del Código Civil para el Distrito Federal).

Los vicios de la voluntad, de los cuales debe de estar exento el testador son el error, la violencia, el dolo y la lesión.

Por lo que hace a la formalidad, como anteriormente se apuntó, el testamento es considerado como un acto jurídico solemne, es decir, que la técnica jurídica eleva la forma a la categoría de elemento esencial del acto y en cuya falta se sanciona con la inexistencia del acto jurídico.

2.- CARACTERISTICAS Y TIPOS **DE TESTAMENTOS.**

2.1.- Testamentos ordinarios.

Son aquellos que pueden hacerse por todas las personas capaces independientemente de sus circunstancias especiales. Tales son el Testamento Público Abierto, el Testamento Público Cerrado y el Ológrafo.

2.1.1.- TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

Es el que se otorga ante notario público y tres testigos idóneos, entendiéndose por ello a todas aquellas personas con capacidad para hacerlo de acuerdo con la ley. A estos testigos se les denomina testigos instrumentales porque, ante la presencia del notario, contribuirán en la medida de lo posible a consumir la formalidad del instrumento y permitirán que con estos elementos el notario autorice definitivamente el instrumento donde constará el testamento. Se la llama público porque existe una publicidad, desde el momento que los testigos conocen el contenido del mismo. Se le nombra abierto, porque a diferencia del cerrado, no se encuentra oculto sino se encuentra patente y visible en el libro del protocolo notarial.

2.1.2.- TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

Es el que escribe el testador en papel común y corriente o bien, otra persona a su ruego, cuyas hojas se rubrican al margen y son firmadas al calce por el testador

o por otra persona si no puede o no sabe hacerlo, además de que una vez cerrado y sellado en su cubierta, se exhibe ante el notario público en presencia de tres testigos. El testador declarará que en ese pliego se encuentra contenida su última voluntad y el notario dará fé del otorgamiento en la cubierta del testamento, constancia que será firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello y una razón, en el libro del protocolo del lugar, día hora, mes y año del otorgamiento.

Este testamento podrá ser conservado por el testador o darlo en guarda a persona de su confianza o inclusive depositarlo en el archivo judicial. Como es un testamento cerrado deberá abrirse por un juez cuando haya fallecido el testador previo reconocimiento de firmas del notario, de la mayoría de los testigos por lo menos y del testador. Cumplidos estos requisitos el juez declara que se publique y protocolice el testamento. Es decir el documento se incorpora al protocolo notarial.

Este tipo de testamentos sólo se justifica, cuando existen razones o consideraciones de gran peso, válidas para que nadie conozca de su contenido. Ello presenta, siempre un riesgo latente por presentar un sinnúmero de inconvenientes tales como: que el testador pueda omitir algún requisito indispensable para su validez, que lo redacte defectuosamente haciéndolo de una forma no muy clara y/o contraviendo disposiciones legales que puedan poner en peligro su validez ó su existencia.

2.1.3.- TESTAMENTO OLOGRAFO.

El nombre proviene del griego "olos" todo, y "grafos", escrito; es decir el manuscrito de puño y letra del autor o testador. Sólo puede ser otorgado por personas mayores de edad. Deberá estar firmado por el testador con expresión del día mes y año en que se otorga. Deberá hacerse por duplicado debiéndose imprimir en cada ejemplar su huella digital y el original, dentro de un sobre sellado y lacrado con la nota de que se deposita en el Archivo General de Notarías quien hace la devolución de la copia al testador. En el sobre que contenga el duplicado se pondrá la razón que será

formal como testamento cuando el original haya sido destruido, robado ó extraviado. Al igual que el Testamento Público Cerrado presenta riesgos. Debe ser depositado en el Archivo General de Notarías y si es retirado por el testador, no producirá efecto legal alguno.

2.2.- Testamentos especiales.

2.2.1.- TESTAMENTO PRIVADO.

Es aquel que se encuentra permitido para los casos a que se refiere el artículo 1565 del Código Civil, cuya inminencia, gravedad, imposibilidad o dificultad nos marcan la pauta para ser utilizado además de encontrarse el testador en cualquiera de los casos señalados por la ley, exige que no exista la posibilidad de haberse otorgado el testamento ológrafo; la redacción de este tipo de testamento puede incluso realizarse a través de un testigo si el testador no pudiese escribirlo; existe la modalidad de disminuir el número de testigos idóneos (de 5 a 3) para los casos de suma urgencia, los cuales representan un elemento esencial para la validez de este tipo de testamento en virtud de que la declaración de su dicho será el formal testamento de la persona de que se trate y deberán necesariamente ser pedida dicha formalización por éstos, inmediatamente de que supieren de la muerte del testador y la forma de su disposición (Arts. del 1565 al 1578 del Código Civil). Por último el testamento privado conforme al artículo 1571:

"Sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó."

2.2.2.- TESTAMENTO MILITAR.

Es aquél que puede ser otorgado por un militar, un prisionero de guerra o un asimilado del ejército cuando decide hacer su disposición en el momento de ser llamado para entrar en acción en la guerra o inclusive encontrándose herido en el campo de batalla basta que declare su voluntad ante dos testigos o haciendo la entrega del testamento a los mismos en pliego cerrado y firmado de su puño y letra, quienes tendrán la obligación de entregar los testamentos militares otorgados por escrito luego de que muere el testador al jefe de la corporación quien a su vez deberá remitirlo a la Secretaría de la Defensa Nacional para que finalmente sea entregado a la autoridad judicial competente (Arts. 1579 a 1582 del Código Civil).

2.2.3.- TESTAMENTO MARITIMO.

Es aquél otorgado por quien se encuentre en altamar, a bordo de navíos de la marina nacional de guerra o mercante en presencia de dos testigos y del capitán del navío en el entendido de que en caso de que el testador fuere el mismo capitán de la embarcación, desempeñará sus veces el que deba sucederle en el mando.

Se otorga por duplicado de los cuales uno de los ejemplares, tendrá que ser entregado al agente diplomático, cónsul o vice-cónsul que se encuentre en el puerto al que arribare el buque.

El testamento marítimo producirá sus efectos falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes contados desde su desembarque en un lugar que conforme a la ley mexicana o extranjera haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición (Arts. del 1583 al 1592 del Código Civil).

2.2.4.- TESTAMENTO OTORGADO EN PAIS EXTRANJERO.

Siempre y cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgare éstos producirán sus efectos no sólo en el Distrito Federal como lo señala el artículo 1593 del Código Civil, sino también dentro de la República Mexicana conforme a lo establecido por los artículos 15 y 16 del Código Civil en lo referente a la aplicación del derecho extranjero en nuestro país.

Estos agentes diplomáticos o consulares remitirán la copia autorizada de los testamentos por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores al encargado del Archivo General de Notarías cuando éste fuere ológrafo, en los demás casos por conducto de la misma Secretaría se hará publicar la noticia de la muerte del testador para que los interesados promuevan la apertura de la sucesión testamentaria (Arts. 1593 al 1598 del Código Civil).

En virtud de que el Testamento Público Abierto en la práctica notarial a resultado por sus características ser muy seguro y de un empleo usual, será parte de mi recomendación para el caso de nuestro estudio, que el fideicomiso testamentario sea otorgado mediante un instrumento de esta naturaleza. No obstante, nada impide que pueda constituirse en cualquiera de los diferentes tipos de testamentos que fija la ley, sólo que en los aún incluyendo los testamentos especiales de los cuales sin dejar de hacer la consideración de que por las circunstancias en que son otorgados, implica más problemas de tipo práctico en cuanto a su formalización, pero sería igualmente posible determinar la constitución del fideicomiso, a través de los mismos, siempre y cuando se cumpliera con los requisitos de formalidad que se exigen para la constitución de los testamentos especiales.

3.-DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

Las disposiciones ordenadas por el testador con carácter mortis causa, no tienen efecto ni realización inmediata, porque su efectividad cumplimiento y ejecución tiene lugar después del fallecimiento del testador y así, dispone y ordena, su voluntad; ejecución que será encomendada a otras personas, denominadas albaceas teniendo éstos la representación de la herencia debiendo cumplir con todo cuanto el testador haya dispuesto y en los términos en que lo haya encomendado.

De lo anteriormente comentado, resulta que el testador podrá instruir a sus herederos ó a su albacea, que celebren después de su muerte un fideicomiso, a pesar de ello, mediante está disposición por ningún motivo se entenderá constituido el fideicomiso como lo menciona el multicitado art. 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Antes bien, se trata de una disposición testamentaria por la que se encargará el albacea ó los herederos, de constituir posteriormente a la muerte del testador, un fideicomiso como instrumento que permita la ejecución del testamento de acuerdo a lo ordenado en el clausulado del testamento.

Cabe hacer la aclaración en este punto sobre la necesidad de considerar constituido el fideicomiso al tiempo que el albacea y los herederos otorguen el acto ante el Fiduciario designado, ya sea por ellos mismo ya bien por el testador.

Tomo gran importancia de lo anterior el momento el cual puede el fideicomiso quedar constituido mediante el testamento o también por su posterior celebración.

4.- DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

La institución de heredero fué en el derecho español esencial para la validez del testamento.

Las partidas aceptaron el principio jurídico-romano, según el cual, nadie podía morir parte testado, parte intestado. Por eso no se admitieron las instituciones de herederos hasta tiempo cierto o desde tiempo cierto y que se estableciera el derecho de acrecer en favor del heredero instituido en cosa cierta. La institución de heredero era la pieza clave del derecho sucesorio. No se concebía testamento sin heredero, su falta invalidaba el testamento y dejaba sin efecto a las otras disposiciones: legados, deberes morales, reconocimiento de deudas. Toda esta doctrina fue recogida por la Novísima Recopilación Española. (97)

En el derecho positivo mexicano, la institución de heredero, es el nombramiento que debe hacerse en el testamento de la persona física o moral que sucederá como ya se dijo en el patrimonio, obligaciones y derechos del testador.

Sin embargo, la institución de heredero actualmente tiene las siguientes características:

1.- Puede haber coexistencia simultáneamente de una sucesión testamentaria con una sucesión intestamentaria en donde los bienes no dispuestos por testamento se transmiten por medio de la sucesión intestamentaria.

2.- El testamento es válido aún cuando no exista heredero, ya sea por haber fallecido antes que el testador, por ser incapaz de heredar o por que renuncie a la herencia. (art. 1336 del Código Civil).

(97) *Ots Capdequí, José María, Manual de historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente Indiano. Ed. Lozada Bs. As. 1945 p. 114.*

3.- Las disposiciones testamentarias son válidas aunque la institución de heredero no lo sea; así los legados, los reconocimientos de deudas o cualquier otro tipo de deber moral consignado en el testamento debe ser cumplido por el heredero.

De lo anterior se desprende que si se constituye un fideicomiso por testamento, el fiduciario en cumplimiento de dicha voluntad sucede al autor de la herencia en la totalidad patrimonial o en una parte de sus derechos y obligaciones mas no con el carácter de heredero universal, sino de "heredero fiduciario". Es decir, le son transmitidos los bienes en propiedad fiduciaria, y al igual que la Teoría de la "propiedad fiduciaria" en donde lo único que tiene el fiduciario no es una verdadera propiedad sino una legitimación en la actuación, cabría la similitud en virtud de que no se le considera como un verdadero heredero en el sentido estricto de la palabra sino como un ejecutor de la voluntad del testador investido de legitimidad en su actuación.

Cabe aclarar, que una cosa es la muerte del autor de la herencia y otra la apertura de la sucesión, son dos conceptos muy distintos aunque coincidan cronológicamente. La muerte es el primer momento causal efectivo del fenómeno hereditario y a su vez, generador de la apertura de la sucesión, que es su efecto. La muerte determina el momento a partir del cual principian los efectos de la sucesión.

Ahora bien, hay que prever que haya una persona que sustituya al testador para que continúe en todas sus relaciones jurídicas. La designación de este sujeto necesariamente es anterior a la muerte del autor. Pero esa designación no tiene ninguna relevancia hasta antes de la muerte del autor; es latente, sujeta al fallecimiento y no crea ningún derecho ni expectativa de derecho. Esta designación no es efectiva y definitiva mientras no se dé el supuesto de la muerte del testador, debido a que el acto de testar es siempre revocable por parte del testador mientras éste viva.

A este llamamiento efectivo y concreto de una determinada persona para ser sucesor del fallecido y que implica un ofrecimiento de tal herencia, se la llama delación, o sea la facultad actual y concreta de aceptar o repudiar la herencia.

Es decir la herencia puede encontrarse en las siguientes situaciones: abierta, diferida (delación), yacente, aceptada y liquidada.

Ahora bien, con fundamento en el art. 1,653 del Código Civil, el heredero designado y el legatario son libres para aceptar o no la herencia o el legado. Aunque parezca extraño que alguien no acepte una herencia que para él no implicaría obligaciones o cargas en su propio patrimonio, existen casos en los que no se aceptan, ya sea por razones de gastos o impuestos. El hecho de no aceptar una herencia, implica el nunca haber sido llamado a la misma.

5.- DE LA PARTICION Y LA ADJUDICACION

DE LA HERENCIA.

El Código Civil atribuye a los herederos un derecho a la masa hereditaria, considerada ésta como un patrimonio común art. 1288 del Código Civil; pero no pueden disponer de los bienes sino solamente de su derecho, art. 1289 del Código Civil. Los herederos son pues, titulares o, propietarios de un derecho cuyo valor económico no puede conocerse hasta después de hecha y aprobada la partición de la masa hereditaria. Es decir los herederos, tienen derecho a una parte alcuota del conjunto de bienes y son en cierta forma copropietarios.

La partición de la herencia, es el momento en el que una vez pagadas o cubiertas las deudas del de cujus, y reservado lo necesario para cubrir las deudas de los acreedores que no se hayan presentado, entonces podrá procederse a la repartición del remanente entre los sucesores; esto es, a la partición y la adjudicación de los bienes. Es decir, la partición es el acto jurídico a través del cual se efectúa la división de la copropiedad en la herencia cuando concurren varios herederos o legatarios para dar a cada uno lo que le corresponde, según lo establecido mediante testamento o por ley.

Básicamente consiste en el procedimiento por medio del cual se concluye con el estado de copropiedad ó indivisión que persiste en la masa hereditaria, la cual, como se indicó inicia con la muerte del autor de la herencia y concluye al consumarse la atribución individual de la propiedad, respecto de los bienes que correspondan a cada heredero de forma individual.

La adjudicación se tramita a través o mediante la intervención de la autoridad judicial (Sucesión intestamentaria de acuerdo al precepto que establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), en este caso ante el Juez de lo

Familiar, o bien ante el notario encargado del proceso de tramitación extrajudicial de la sucesión, en el supuesto de existir testamento.

Con la etapa de adjudicación, termina la sucesión, se extingue el albaceazgo y los adjudicatarios dejan de ser herederos o legatarios y la porción de bienes adjudicados a cada uno de ellos se fusiona con su propio patrimonio.

El sujeto interpuesto para ejecutar las disposiciones del testamento (albacea) o de la Ley (juez-albacea), tienen numerosas obligaciones que como ya se dijo deben reunirse condiciones especiales para su ejercicio.

Nuestro derecho establece formas subsidiarias de designación de albacea: por testamento, por mayoría de herederos o por nombramiento judicial.

Los albaceazgos, que realizan las instituciones de crédito a través de sus departamentos fiduciarios, pueden haber sido designados, por el propio testador, por los propios herederos o por el juez ante quien se sigue el procedimiento sucesorio o intestado para actuar como administradores, en su carácter de albaceas, mas no como fiduciarios (Art. 46 fracción XX de la LIC).

CAPITULO III

DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

1.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

En este capítulo cabe abordar el tema referente a la naturaleza contractual o testamentaria del fideicomiso testamentario.

La naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano constituido por acto entre vivos, a decir del tratadista Rodolfo Batiza es el de estar clasificado dentro de la categoría específica de contrato bilateral sinalagmático perfecto. Incluso afirma el autor: "el legislador mismo reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso, ya que al referirse la exposición de motivos de la Ley de Operaciones de Crédito, se señalaba que no es sólo una necesidad analítica la que ha hecho incluir en la nueva ley diversas formas contractuales, y afirma que en relación al fideicomiso expreso, puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación." (98)

(98) Batiza, "El fideicomiso..." *op. cit.* p. 234.

El proyecto Alfaro, al cual nos hemos referido en su capítulo respectivo, consagró dos formas básicas de creación del fideicomiso, estableciendo en su artículo 18, que el fideicomiso puede ser constituido mediante testamento para que tenga sus efectos después de la muerte del fideicomitente, o por un acto entre vivos. Haciendo comentarios sobre el referido artículo, decía Alfaro, que se reconocen dos formas principalmente: El acto entre vivos y el testamento; no haciendo salvedad respecto del último, vale el fideicomiso constituido en cualquier clase de testamento autorizado por la Ley. (99)

Por cuanto a nuestro derecho se refiere, ni las leyes de 1926 ni el proyecto Vera Estaño contenían disposición alguna relativa al nacimiento de la relación contractual. La ley sustantiva no siguió el mecanismo del proyecto panameño de condicionar la existencia del fideicomiso a la aceptación del fiduciario, estableciendo al contrario que la institución no podrá excusarse sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio (artículo 356), sistema que influyó para sostener que la adhesión del fiduciario al acto constitutivo es solo condición jurídica de ejecución y no de su perfección jurídica. (100)

1.1.- El fideicomiso testamentario considerado como un contrato determinado; así en la circular número 691, emitida por la Comisión Nacional Bancaria de fecha 2 de julio de 1975.

Dicha circular refiriéndose expresamente a otra materia, revela la situación que hasta el momento hemos venido analizando: en el oficio número 305-III-2 A-13609 de fecha 30 de abril de 1975, que fué dirigido por la Dirección General de Crédito, Dirección de Bancos, Seguros y Valores, de la Comisión Nacional Bancaria a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual decía en su parte conducente

(99) *Ibidem*. p. 235.
(100) *Idem*, pág. 236.

lo siguiente: "Los depósitos a plazo documentados o no en certificados, pueden formar parte de los fideicomisos testamentarios que celebren los departamentos fiduciarios con su clientela, debiendo someter los contratos respectivos previamente a la aprobación de la Comisión Nacional Bancaria.....".

Es del comentario del maestro Batiza el señalar que "la impropiedad jurídica de las expresiones subrayadas salta a la vista. Un fideicomiso testamentario, acto personalísimo y unilateral, no puede celebrarse como contrato entre fideicomitentes y fiduciario, sino solo otorgarse, escribirse o declararse por el testador fideicomitente, según la forma del testamento a que recurra ya sea de los ordinarios o especiales a que me refiero en capítulos anteriores.

La situación a la que se refiere el oficio citado, aún cuando permitida en el proyecto Alfaro y en el proyecto Vera Estañol analizados en capítulos anteriores, no fué adoptado directamente por nuestro derecho positivo mexicano.

Cualquier disposición que vaya a tener efectos después de la muerte de quien expresa, es como ya se indicó, un testamento y debe por tanto, sujetarse a las formalidades que para cada uno de ellos, impone la Ley bajo pena de nulidad. (101)

La situación referida equivale a permitir que el testador celebre un testamento designando al albacea por un acto entre vivos. Lo más que podría hacerse, por analogía con los contratos preparatorios es, que el fiduciario asuma el cargo futuro para que se le designe en el fideicomiso testamentario, aunque es de observarse que ello quedaría fuera del caso comprendido en el artículo 2243 del Código Civil, que alude explícitamente a la celebración de un contrato futuro, carácter que no tendría la aceptación del cargo por parte del fiduciario." (102)

(101) *Idem*, págs. 246 y 247.

(102) *Ibidem*.

1.2.- El fideicomiso testamentario constituido por la propia sucesión; determinado así por la circular 691, expedida por la Comisión Nacional Bancaria de fecha 2 de julio de 1975.

Esta circular, emitida por la propia Comisión Bancaria, es probable que tenga relación directa con la práctica que tuvieron algunas instituciones fiduciarias conforme a la cual, poco después del fallecimiento de una persona que había establecido un fideicomiso testamentario, constituían éstas, otro fideicomiso en que la sucesión figuraba como fideicomitente, la institución respectiva como fiduciaria, y como fideicomisarios, los designados por el testador, sin duda en tal situación el fideicomiso era inexistente por no ajustarse a los términos del artículo 359 de la Ley de Títulos, en el sentido de que "sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica.....", puesto que una sucesión no es persona jurídica conforme al artículo 25 del Código Civil; los esfuerzos doctrinales a efecto de conferir personalidad jurídica a las hereditas iacens no han sido aceptados por el derecho positivo..... (103)

1.3.- Fideicomiso testamentario como contrato que ha de celebrarse después de la muerte del fideicomitente-testador.

El contrato de fideicomiso celebrado por una persona, para fines que deberán cumplirse a su muerte; es el que se constituye mediante un contrato que celebran el fideicomitente y el fiduciario, en el que el primero transmite al segundo desde el momento mismo de la celebración, los bienes de su propiedad que han de ser materia del mismo, pero en el que los fines han de cumplirse en su totalidad o en parte, a la muerte del "fideicomitente-testador".

(103) *Idem, pág. 247.*

En este caso, si en la celebración del contrato se cumplieron las formalidades debidas y se efectuaron las correspondientes inscripciones, el fideicomiso queda desde ese momento constituido y perfeccionado para todos los efectos legales y el fiduciario convertido en titular de los bienes fideicomitados.

En este tipo de fideicomisos pueden presentarse dos modalidades:

1.- La primera de ellas en la cual todos los fines establecidos por el fideicomitente son cumplidos al fallecimiento de éste, y en favor de los fideicomisarios designados.

2.- La segunda modalidad es la que una vez constituido el fideicomiso se divide en dos etapas: La primera en la cual el fideicomisario es el propio fideicomitente y termina a la muerte de éste último; y la otra es cuando las personas por él designadas (fideicomitente), adquieren los derechos como fideicomisarios a partir de su fallecimiento.

Generalmente, se establece que el fideicomiso será revocable por el fideicomitente mientras éste viva; pero que una vez que hubiere fallecido, se convertirá en irrevocable.

Este tipo de fideicomisos, de naturaleza contractual, a pesar de que los bienes van pasando a sus herederos o a terceras personas, debe ajustarse necesariamente a las formas de los testamentos autorizados por la ley. Jurídicamente el fideicomitente enajena derechos y de los derechos que ha enajenado, el fideicomitente, ya no puede disponer de ellos, salvo que se hubiese reservado ese derecho. Sus efectos tienden a producirse en el momento presente, ya que los bienes salen del patrimonio del fideicomitente en vida. No es un fideicomiso testamentario propiamente. En este tipo de fideicomisos, es imposible que la muerte del fideicomitente señale un cambio en el sentido y manejo del fideicomiso así como en el destino de los bienes y por eso pudiere parecer similar o equipararse al fideicomiso testamentario.

1.4.- Contrato de fideicomiso sujeto a término suspensivo consistente en el fallecimiento del fideicomitente.

También en este caso el fideicomiso se constituye mediante contrato que celebran el fideicomitente y el fiduciario, en el que quedan debidamente estipuladas todas las condiciones y fines del fideicomiso y prevista la transmisión de los bienes al fiduciario, pero en el que una parte de los efectos del contrato o la totalidad de los mismos, quedan sujetos al término suspensivo consistente en la muerte del fideicomitente, lo que significa, que hasta entonces se consumará la asunción de la titularidad de los bienes por el fiduciario, o bien que aún cuando se pacte que asuma ésta titularidad de inmediato, sólo hasta que ocurra el fallecimiento del fideicomitente, entrará el fiduciario en funciones para cumplir con los fines del fideicomiso, proveyendo su ejecución.

En este tipo de fideicomisos generalmente no existe testamento cuando en realidad debiera existir, para efectos de la disposición de bienes para después de la muerte de una persona.

1.5.- El fideicomiso testamentario como declaración unilateral de voluntad.

El testamento aplicado a la teoría del fideicomiso podemos asegurar que tiene la siguiente Naturaleza Jurídica:

Se trata de una declaración unilateral de voluntad como un comportamiento o conducta, espontánea, motivada y consciente que se traduce en la manifestación de voluntad del testador tendiente a regular intereses patrimoniales en relación con terceros, declaración de voluntad jurídicamente relevante y por ende constitutiva y dispositiva para el futuro, en virtud del reconocimiento del ejercicio del derecho de

testar avalado e inclusive por la autonomía de la voluntad privada que debe manifestarse, dentro de ciertos límites legales y estar sujeta a los mismos precisamente por la seguridad jurídica que debe implicar la observación de tales disposiciones para después de la muerte de una persona en relación con terceros.

Es conveniente que mediante este tipo de declaración o manifestación testamentaria sea posible la consecución de fines protegidos ampliamente por el derecho cuando éste reconoce y ampara ciertos efectos jurídicos, con independencia e inclusive contra la voluntad ajena, traduciéndose en la creación, modificación y extinción de derechos subjetivos, situaciones, relaciones jurídicas al amparo de una autonomía de la voluntad celosamente protegida.

Aceptar la idea de que dichas disposiciones no es posible contenerlas en un testamento sino en un contrato, sería tanto como no considerar un principio fundamental base de nuestra tradición jurídica testamentaria.

Por lo que hace a las obligaciones que el fideicomitente debe cumplir, obviamente es conveniente afirmar que las mismas deben ser posibles de ser ejecutadas por el fiduciario, ya que se trata de fideicomisos con fines muy específicos; estos deberán ser jurídicamente lícitos y posibles, y la única obligación del fiduciario a fin de cuentas en todo fideicomiso testamentario debe ser, el ejecutar la voluntad del testador, por lo que hace a los del fiduciario podemos considerarlos como todos aquellos necesarios para el cumplimiento del fideicomiso, por ello consideramos que con fundamento en el artículo 356 "El fiduciario tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligado a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo"; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa."

Baste decir que el fiduciario está obligado a respetar las normas y limitaciones que se establezcan en el fideicomiso en el acto constitutivo del mismo.

Son muchas las interrogantes, que surgen alrededor del fideicomiso testamentario, o del denominado fideicomiso que se constituye por un testamento; en primer lugar el testamento se trata de una figura del Derecho Civil, y el fideicomiso es una figura típicamente del Derecho Mercantil.

A.- POSTURA MERCANTILISTA.

El fideicomiso es acto de comercio de los negociables; intervivos y también mortis causa, y por consiguiente es un negocio jurídico mercantil bancario, es una operación de crédito y de naturaleza fiduciaria sujeto a cláusulas generales negociables, con efectos reales, y en virtud del cual una parte del fiduciante tradita la propiedad fiduciaria de una esfera de intereses al fiduciario, constituyéndose un patrimonio afectación o separado para que el fiduciario observe los comportamientos pactados y congruentes con la función negocial, lo que incide en la esfera de intereses del fideicomisario y en la del fideicomitente a consecuencia de la reversión. (104)

El fideicomiso es un acto de comercio, es una fuente de relaciones jurídicas, pues, toda relación derivada del acto de comercio será mercantil.

Los actos mercantiles, señala el artículo 75 del Código de Comercio, lo son, por las personas que intervienen, por las cosas sobre las que recaen los actos, y por las finalidades que persigue:

Y así señala, como actos de comercio, la fracción XIV del citado artículo, los actos realizados por las Instituciones de Crédito y al ser el fideicomiso, uno de los servicios que prestan las instituciones bancarias, es un acto puramente mercantil,

(104) Muñoz Luís, *El fideicomiso*, 2da. edición, Ed. Cárdenas, México, D.F. 1980, p.p. 69-70.

regido por las leyes que ya hemos mencionado.

B).- POSTURA CIVILISTA-MERCANTILISTA.

Con razón señala el autor Arce Cervantes que tratándose del fideicomiso testamentario, debe regirse por la ley especial, y el testamento por el Código Civil. Es decir, el fideicomiso testamentario, se regirá por el Código Civil, desde el punto de vista de la interpretación del testamento, de su apertura, licitud, validez, vocación, delación, adquisición de los herederos además de algo no menos importante, la constitución del propio fideicomiso testamentario por medio del testamento. En cuanto a la operatividad del fideicomiso como tal, se regirá por la ley especial, dado que el fideicomiso es un acto mercantil. Esta fusión de disposiciones legales de carácter tanto mercantil como civil deben de apuntar a una consideración muy especial y particular de regulación respecto del fideicomiso testamentario; difícilmente se podría regular el fideicomiso testamentario únicamente en el Código Civil por contener disposiciones en lo que respecta a su ejecución netamente mercantiles, ni por consiguiente a la inversa, al tratarse de un servicio bancario pero en el que la Institución Fiduciaria tiene la posibilidad de actuar como albacea ejercitando la acción que se deriva de un testamento; figuras netamente civiles que se encuentran reguladas exclusivamente por una disposición de carácter civil.

El criterio de ser regulado por ambas legislaciones puede parecernos acertada de momento, pero más que tomar una determinación en cuanto a que regulación debe completamente aplicarse en el caso concreto, debe definirse de forma clara y terminante las obligaciones, facultades, derechos e implicaciones de dichas funciones en el ámbito del derecho procesal y del derecho sucesorio, vitales para la buena consecución de toda disposición testamentaria y evitar con ello, consideraciones o interpretaciones alternativas que generen confusiones y éstas a su vez dejen sin efecto la manifestación de voluntad del testador tan celosamente protegida por nuestro derecho.

En segundo lugar encontramos la problemática, de que el fideicomiso es un acto, en el que intervienen necesariamente, la voluntad, del fideicomitente y del fiduciario, por lo menos, para que podamos hablar de una relación jurídica en la que las partes adquieran derechos y obligaciones. Sin embargo, el propio legislador, otorga la posibilidad, de que el fideicomiso pueda ser constituido en un testamento, que como dijimos en el capítulo anterior, es un acto personalísimo, revocable y libre. Si bien como lo apunta el Maestro Cervantes Ahumada, "el fiduciario no es un elemento esencial para la constitución del fideicomiso, ya que según hemos dicho, éste se constituye por declaración unilateral de voluntad, sí lo es para la ejecución y si no fuere posible designar fiduciaria el fideicomiso se terminará". (105)

Sin embargo el fideicomiso, como tal, es reconocido por las leyes que sin embargo regulan la materia, y por la propia práctica bancaria que se constituye a través de contratos, de los llamados sinalagmáticos.

No solo la práctica bancaria, sino en la propia doctrina, los autores han elaborado toda una teoría sobre la contractualidad del fideicomiso, derivado de la necesidad de determinar los derechos y obligaciones de las partes, en el documento que regirá la relación jurídica, que llamamos fideicomiso.

No obstante lo anterior, retomando las ideas expresadas éstas parecen contraponerse a las teorías que respecto al testamento han sido emitidas y elaboradas por la doctrina; el considerar que se trata de un fideicomiso que va a surtir efectos después de la muerte de una persona es necesario que revista las formalidades que el legislador a considerado básicas para otorgar seguridad jurídica a los herederos de la misma.

La persona interesada en determinar que quiere hacer con sus bienes debe hacer una análisis estrictamente personal, pero a la vez debe llevarlo a atender una

(105) *Títulos y Operaciones de Crédito, 14a. ed. Ed. Porrúa, Méx. 1988.*

doble consideración tanto de su familia, como el consejo de un experto o de una persona capacitada en la planeación patrimonial familiar, o en la mejor forma de utilizar su patrimonio en forma planeada y programada, de ahí que la asesoría que pudieran prestar los departamentos fiduciarios hacia los interesados en éste tipo de instrumentos resulta de una considerable relevancia que se traduce como una de las bases esenciales en la constitución de un fideicomiso testamentario.

Como ya hemos dicho, los romanos afirmaban que el fideicomiso no era otra cosa que una simple operación de confianza, claro que esta operación puede revestir formas tan complejas que muchas veces se pierde dentro de la complicada estructura que se da al documento que lo contiene, la sencillez de su esencia y la nitidez de su significado.

Roma inegablemente, fuente de soluciones jurídicas, imaginó el concepto y lo expresó en una sola palabra, la etimología del fideicomiso, que encierra todo su enorme y sencillo contenido, que cobra vida cuando una persona llena de confianza y de fe, encarga a otra, la transmisión de parte o de la totalidad de sus bienes a una tercera siguiendo las normas y consideraciones que para ello haya dictado y establecido el fideicomitente.

2.- TIPOS DE FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

Ha decir del Licenciado Alberto Pacheco tomando en cuenta el momento de su constitución, el fideicomiso testamentario puede constituirse de formas diferentes:

1.- Fideicomisos que se constituyen en vida del fideicomitente y que surten sus efectos para cuando él muera, estableciendo ya desde ahora los fines y objetos del fideicomiso.

2.- Fideicomisos que se constituyen después de muerto el fideicomitente por instrucciones del testador dadas al albacea de su sucesión para el cumplimiento de las mismas disposiciones testamentarias. (106)

Los fideicomisos que según el artículo 352 de la ley se "CONSTITUYEN" por testamento son los que en estricto derecho deberíamos llamar Testamentarios, sin embargo, la práctica fiduciaria ha considerado testamentarios todos aquellos fideicomisos por medio de los cuales se destinan ciertos bienes al cumplimiento de un fin determinado para después de la muerte del fideicomitente, por lo cual hay cierta confusión de acuerdo a lo señalado por el propio Lic. Pacheco.

Al analizar el artículo anterior debemos plantearnos las siguientes preguntas:

¿Quedan perfectamente constituidos los fideicomisos que se establecen en un testamento?

¿Es necesaria la aceptación del fiduciario para que se entiendan constituidos?

(106) Lic. Alberto Pacheco, *El fideicomiso testamentario y fideicomiso con base en póliza de seguro de vida, en memoria del Seminario Latinoamericano sobre fideicomiso, marzo de 1978, Banco Nacional de México, S.A. p. 53.*

Las respuestas a estas dos interrogativas desde mi punto de vista es que la primera debe ser contestada en forma afirmativa y la segunda en sentido negativo ya que la propia Ley de Títulos y Operaciones de Crédito considera "CONSTITUIDOS" a los fideicomisos realizados en testamento, y el segundo párrafo del Artículo 350 de la ley en cuestión permite que si no se encuentra designada a la institución de crédito nominalmente al momento de constituirse el fideicomiso se tendrá por designada aquellas que señalen los fideicomisarios, asimismo considero que debe de existir un criterio de distinción claro establecido para así poder distinguir cuando nos encontramos frente a un fideicomiso testamentario propiamente dicho, y a un fideicomiso constituido por un "acto intervivos".

Necesario resulta que este criterio distintivo no deje de reconocer ambas formas del fideicomiso que en la práctica fiduciaria son realizadas. Además de esclarecer completamente su naturaleza jurídica; esto básicamente podría consistir en determinar primero aquellos que se constituyen en vida y cuales no quedando tentativamente de la siguiente manera:

2.1.- Fideicomisos cuasi-testamentarios.

Los que no son constituidos originalmente a través de testamento y en vida del testador que son:

A).- El fideicomiso denominado de "Planeación Patrimonial", por el que una persona fideicomitente destina desde hoy ciertos bienes para la realización de un fin y goza de los beneficios del fideicomiso durante su vida, con la instrucción revocable al fiduciario de que continuarán los beneficios para después de su muerte en favor de sus herederos, fideicomisarios que él mismo designe.

B).- El fideicomiso con cláusulas testamentarias, en el cual el testador dispone en su testamento la posterior constitución a través del albacea y/o sus herederos.

C).- El fideicomiso con póliza de seguro de vida nombrando como beneficiaria de el seguro a la Institución de Crédito, para que ésta de acuerdo a sus instrucciones lo administre en fideicomiso.

2.2.- Fideicomisos propiamente testamentarios o testamentarios.

Fideicomisos cuyos efectos comienzan a surtir después de muerto el fideicomitente testador, donde en el propio testamento se fijan los lineamientos constitutivos del fideicomiso y se pacta la transmisión de bienes en favor de la fiduciaria.

3.- ASPECTO PROCESAL DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

La Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, atribuyen la jurisdicción para conocer de los juicios sucesorios a los jueces de lo familiar. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se ocupa de las testamentarias y en el artículo 790, dispone:

"El que promueva juicio de testamtaría debe presentar el testamento del difunto".

Todo juicio sucesorio se formará de cuatro secciones compuesta de los cuadernos necesarios mismas que deben iniciarse simultáneamente si no existe impedimento de hecho, dichas secciones se denominan: Primera, de sucesión; Segunda, de inventarios; Tercera, de administración y rendición de cuentas; y Cuarta, de proyecto de partición; concluyendo con la adjudicación propiamente dicha, (Art. 784 y 788 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal).

En la práctica bancaria quien promueve el juicio respectivo son los albaceas testamentarios y no la propia institución bancaria; pero ello no debe de impedir la función de la institución de crédito de fungir como albacea y poder promover de igual forma el juicio por conducto de alguno de sus delegados fiduciarios.

La anterior legitimación se encuentra sustancialmente establecida por los siguientes artículos:

"ART. 356 de la (LGTOC).- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso.....".

ART. 46 de la (LIC).- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

FRAC. XV.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo los mandatos y comisiones.

FRAC. XX.- Desempeñar el cargo de albacea.

ART. 80 de la (LIC).- En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

Por su naturaleza, en principio, solo las dos primeras secciones guardan estrecha relación con la aplicación de estos fideicomisos, es decir la etapa procesal en que se acepta la validez del testamento, sino hubiere impugnación sobre ella, y se determina la capacidad de los herederos, en este caso fideicomisarios, para recibir los beneficios del fideicomiso. Posteriormente le sigue la etapa de la elaboración del inventario y avalúo de los bienes fideicomitidos. Las etapas restantes en la mayoría de las situaciones resultan inaplicables, debido a que una vez concluido y aprobado el inventario, el fiduciario procederá a la liquidación de la herencia conforme a lo prescrito por el artículo 853 del Código de Procedimientos Civiles, y una de las razones primordiales para el otorgamiento de un fideicomiso testamentario consistirán precisamente en mantener un tipo de administración que no se encuentre limitada a los términos perentorios a que se sujeta la tramitación de una testamentería. El Código Civil para el Distrito Federal prescribe en los siguientes artículos, lo siguiente: Artículo 1737.

"El albacea debe cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento". Artículo 1738.- "Solo por causa justificada pueden los herederos prorrogar al albacea el plazo señalado en el artículo anterior; y la prórroga no excederá de un año".

La administración de los bienes en un fideicomiso testamentario, a diferencia de las testamentarias normales, persigue entre otros objetivos, el de aplazar considerablemente la etapa de partición y adjudicación, considerando que éstas pueden aún subsistir durante las vidas sucesivas de varios fideicomisarios. Esta situación, en que el fiduciario actúa mas bien como un ejecutor testamentario especial, requiere una reforma legislativa que satisfaga las necesidades particulares de esta clase de fideicomisos.

Por lo mismo, propongo que las leyes vigentes aplicables al fideicomiso contemplen un capítulo especial de regulación para determinar los siguientes aspectos procesales en la tramitación de un fideicomiso testamentario:

a).- El carácter con el que actúa el fiduciario parece asimilarse al de el albacea investido con todas las facultades y legitimaciones para el propósito de ejecutar la voluntad del testador, debiéndosele otorgar la categoría de "albacea-fiduciario";

b).- A su vez, los departamentos fiduciarios a través de sus delegados y apoderados deben encontrarse capacitados para presentar los testamentos y actuar en cualquier juicio intestamentario de que se trate, para llevar así, de esta forma a buen término, toda disposición testamentaria que constituya un fideicomiso testamentario y poder actuar más ampliamente su representada como un buen padre de familia y ejecutor testamentario.

4.- CONSIDERACIONES RESPECTO A LA TRAMITACION DE LOS BIENES POR TESTAMENTO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.

El derecho hereditario no puede dejar sin lugar el estudio del efecto principal de un testamento, consistente en operar una transmisión de bienes, derechos y obligaciones a título universal o particular según se instituyan herederos o legatarios.

El testamento una vez fallecido el testador produce o genera consecuencias jurídicas similares a las que se producen en los convenios y contratos, de crear, transmitir, modificar o extinguir de igual forma, derechos y obligaciones, con la única excepción del reconocimiento de un hijo disposición que surte sus efectos muebles, desde el momento del otorgamiento del mismo (Art. del Código Civil para el Distrito Federal).

La transmisión de los derechos y obligaciones a título universal o particular, es la base que constituye el principal fin de toda disposición testamentaria.

La transmisión que opera al instituir herederos, es típicamente un efecto de traslación; no podemos encontrar en ella la creación o modificación de un Derecho.

Sin embargo, en la institución de legado, sí podemos encontrar una fuente de obligaciones.

Se acostumbra decir, que mediante el testamento en la institución del legatario, opera una transmisión a título particular, es decir, que el legatario siempre es adquirente de bienes o derechos determinados. Si esto fuera exacto, el legado no

podría nunca implicar la creación de derechos u obligaciones, solo la transferencia de los bienes o derechos en favor del legatario.

Tenemos legados típicos de transmisión, aquellos que recaen sobre cosa cierta y propia del testador, que el legatario por un precepto legal expreso, adquiere la propiedad y posesión de la cosa legada desde el día y hora de la muerte del testador. Aún en este tipo de legado, encontraremos la creación de obligaciones, por que el heredero responde del legado (o la sucesión en su caso cuando el legado grava toda la herencia) y tiene la obligación de conservar la cosa legada y de entregarla, responder de su dolo o culpa o pagar el precio de la cosa si ésta perece por causa que le sea imputable.

El legado se considera como típico de transmisión de la propiedad a favor del legatario en la cual no obstante hemos encontrado obligaciones, tenemos legados de constitución de derechos y también los legados de extinción y modificación, por lo tanto no es exacto que el legatario siempre sea un adquirente a título particular. Es decir, no siempre es sucesor, pueden crearse derechos que no existían incluso en el patrimonio del testador o constituirse derechos nuevos que no van a transferirse sino que tendrán su nacimiento a partir de su muerte.

En general, el testamento es una fuente de las obligaciones, y los legados de cosa cierta, que se contienen en disposiciones testamentarias, transmiten la propiedad al fideicomisario-legatario, no hay un efecto creador de derecho de crédito, pero entre tanto se entrega la cosa, el fideicomisario-legatario, sí es acreedor en el sentido de que el heredero representado por el fiduciario, debe entregar la cosa al legatario, además de responder de los daños y perjuicios que se causen por su culpa en la custodia y pagar el valor de la cosa si perece por un hecho imputable al fiduciario responsable del legado.

El fiduciario, es decir la Institución fiduciaria, señala el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,

"tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrarsiempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa."

Si el legado es de cosa determinable, no se transmite la propiedad en el momento de la muerte del testador, es simplemente acreedor a que se le entregue una cosa que se determinará por las reglas del Código Civil. No hay efecto traslativo, a pesar de que hay una institución a título particular; el testador crea un derecho de crédito a favor del legatario.

Si el legado es de hechos o servicios, típicamente se crea un derecho de crédito. El legatario es acreedor a una prestación de hacer, en los legados de cantidad, también se crea un derecho de crédito, para que se entregue al legatario la suma objeto del legado y se realicen los actos necesarios para obtener esa suma dentro de las posibilidades de la masa hereditaria.

"El efecto de los legados o fideicomisos del derecho justinianeo, cualquiera que sea la forma que adopten, es siempre imponer al heredero la obligación de ejecutarlos, la cual hallase sancionada por la acción personal del legado (acto legati). Si el testador lega directamente la propiedad u otro derecho real sobre una cosa que forma parte de la herencia, el legatario adquiere, sin que el heredero se lo transfiera el derecho real legado, y la misma adquisición inmediata se produce en el legatum nominis o legados de crédito según prescriptio de Dioclesiano conservado en el Corpus Iuris." (107)

(107) *Rojina Villegas, Rafael, "Compendio de Derecho Civil" Teoría General de las Obligaciones, Tomo III, 12a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1983, págs. 233 a 235.*

El testamento, es pues una fuente de obligaciones y las obligaciones serán distintas según se trate de: Instrucciones otorgadas al fiduciario de otorgar legados, con obligaciones de hacer o de dar.

En el legado de dar cosa determinada y de cosa no determinada.- Es general la creación de distintos deberes jurídicos ya que tomando en cuenta que la instrucción de legados es de dar, puede recaer sobre cosas ciertas y determinadas y por lo tanto ser traslativos de dominio o bien referirse a cosas no determinadas individualmente en donde la situación jurídica del fiduciario, cambia pues esto tendrá que custodiar y entregar la cosa y el fideicomisario-legatario será un verdadero acreedor de un valor, mientras no se le haya transmitido la propiedad.

Las obligaciones consistirán en entregar la cosa que resulte indeterminada a elección del fideicomisario-legatario, custodiar la cosa, si esta perece, aún cuando sea por caso fortuito o fuerza mayor debe entregar la cosa del mismo género y calidad.

Art. 1392.- "El legado puede consistir en prestación de cosa o en la de algún hecho o servicio"

Se usa la palabra "prestación" que en el vocabulario jurídico significa la obligación que asume el responsable del legado en este caso el fiduciario, de dar una cosa o de realizar un hecho.

Los legados son mermas a la masa hereditaria de una persona pues son obligaciones a cargo de ella, por eso menciona el artículo 1394 del Código Civil para el Distrito Federal que:

"El testador puede gravar con legados no solo a los herederos sino a los mismos legatarios".

Derivado de lo anterior, podríamos afirmar que el fideicomiso que constituye el testador, en virtud de que las cosas que se dan en fideicomiso pueden ser toda

clase de bienes y derechos y que dichos bienes son afectos para un fin determinado, lo que el testador hace es mediante una disposición de última voluntad gravar la masa hereditaria para quedar afecta a un fin específico, en consecuencia el testador podrá disponer mediante herencia y legados, de sus bienes al fiduciario para que éste realice lo que el testador dispuso.

Art. 1429.- "Cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquel muere, y hace suyos los frutos pendientes y futuros a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa".

Esas otras cosas que puede disponer el testador serían por ejemplo, que el fiduciario hiciera entregas periódicas de los frutos que genere la cosa específica de que se trate hasta que se cumplan determinadas condiciones, tales como la mayoría de edad, el realizar estudios hasta determinado grado, etc.

El legado, es también una fuente de obligaciones, la doctrina, no ha considerado que el testamento tenga esa misma función, es más, excluye al testamento para su estudio dentro de la Teoría General de las Obligaciones.

Los tratados de Derecho Civil, al clasificar las fuentes de las obligaciones, no incluyen al testamento. Sistemáticamente se repite que es el contrato, el hecho ilícito, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la responsabilidad objetiva y la declaración unilateral de voluntad, para aquellos códigos como el alemán, el suizo y el nuestro que lo han admitido.

Sin embargo al decir que el testamento es fuente de obligaciones, damos por supuesto que se han cumplido los requisitos esenciales y de validez tales como: que el testador tuvo capacidad para hacer las disposiciones testamentarias, que no hubo error, dolo y/o violencia en la manifestación de su voluntad, y que el acto jurídico es lícito. Ya que si el legado recayese sobre un objeto ilícito, o se refiere a un hecho ilícito

o a una prestación de hacer contraria a las leyes o a las buenas costumbres, entonces estaría afecto de nulidad absoluta como en los contratos.

Siguiendo con nuestro análisis respecto a los fideicomisos testamentarios o mortis causa, hemos dicho en capítulos anteriores, que quien constituye el fideicomiso, recibe el nombre de fideicomitente-testador y es él quien gozando del derecho absoluto de disposición afecta, determinados bienes en fideicomiso.

Evidentemente dicha afectación ocurrirá hasta que se dé el evento o causa del negocio que es la muerte del fideicomitente pero dicho acontecimiento no impide que el fideicomiso no se considere perfectamente constituido.

No nos parece acertada la interpretación que algunos autores han hecho en relación a que el legislador al decir "constituir", no quiso decir que su constitución haya sido dispuesta u ordenada en un testamento por una persona fallecida. Esto nos llevaría a aceptar que el fideicomiso tiene que ser necesariamente constituido por personas vivas, aceptando que el fideicomiso, es siempre un contrato y los muertos no podrían contratar.

La anterior interpretación, es aceptable, para quienes aceptan que el fideicomiso es un contrato, y hemos visto en contraposición que existen teorías que defienden la naturaleza unilateral del fideicomiso.

Evidentemente el fideicomiso se constituye por el testamento en el que el testador plasma su voluntad, sin embargo, la voluntad del testador no puede quedar documentada en un instrumento testamentario sino que deben llevarse a la práctica y ser ejecutadas por el ALBACEA de la sucesión, ya que de otro modo, el fideicomiso quedaría constituido como acto mortis causa pero sin hacer posible su operatividad.

Ahora bien, el hecho de que el albacea cumpla la voluntad del testador no implica que esté constituyendo el fideicomiso sino dándole más bien la formalidad

establecida por la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito consignada en su artículo 352...."La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

5.- REGIMEN FISCAL APLICABLE.

5.1.- Régimen fiscal aplicable a los fideicomisos testamentarios.

El régimen fiscal aplicable a este tipo de operaciones al tener su fuente en un testamento se regirán por todas las leyes aplicables relativas a fideicomisos, herencias, legados, etcétera, en relación a impuestos que se causan por motivo de la celebración de estos supuestos.

Al efecto señala el Artículo 77 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta:

"No se pagará Impuesto sobre la Renta por la obtención de los siguientes ingresos:

FRACCION XXIII.- Los que se reciban por herencia o legado."

La última Ley del Impuesto a Herencias y Legados del Distrito Federal vigente desde el 11 de enero de mil novecientos cuarenta y uno, establecía un impuesto sobre el capital heredado (con excepción de los primeros mil pesos que estaban exentos en caso de parientes en primer grado), cuando los herederos o legatarios fueren descendientes, ascendientes, consanguíneos o afines, cónyuges, concubina y padres e hijos adoptivos, cuya tasa iba del 4.1% hasta el 29% cuando pasaba de \$ 500,000.00 y, cuando se trataba de extraños llegaba hasta el 64%. Esta ley fue abrogada a partir del 1° de enero de 1962. Como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha celebrado convenios con todas las entidades de la República para que se suprimiera el impuesto de herencias y legados, en ninguna de ellas existe ya. En el Distrito Federal la transmisión hereditaria de bienes inmuebles empezó a causar Impuesto Sobre Traslación de Dominio de acuerdo con la ley de ese nombre a partir

del 1o. de enero de 1964. Se causó sobre el valor a razón desde 1.5% al 4% según el valor, más el 15% adicional sobre el monto del impuesto.

A partir del 1o. de enero de 1976, la adjudicación de inmuebles por herencia, causó también El Impuesto Federal del Timbre que estableció una Ley Federal con ese nombre. La tasa de este impuesto era del 2% al 8% según el valor del bien o los bienes. Esta Ley Federal del Timbre fué abrogada el 31 de diciembre de 1979 y sustituida por la Ley del Impuesto de Adquisición de Inmuebles de carácter federal en vigor a partir del 1º de enero de 1980 y que gravaba la transmisión de inmuebles por causa de muerte (Art.3 fracción I). Al impuesto lo que era aplicando una tasa del 10% al valor del inmueble después de reducirlo en 10 veces el salario mínimo general elevado al año de la zona económica que correspondía según el caso en el Distrito Federal. (108)

Para los efectos de la transmisión de la propiedad de los bienes fideicomitidos a la parte fiduciaria e inclusive para el caso de la transmisión terminado sea el fideicomiso en favor de los de los fideicomisario (s) instituido (s) se considerará ésta como una adquisición de bienes inmuebles generando por tanto el respectivo impuesto local denominado ISAI.

Actualmente la regulación del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles fue para el Distrito Federal, se encuentra regida por los artículos 25 y siguientes de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal. Este impuesto que se genera también por la transmisión de inmuebles por causa de muerte (Art. 26 fracc. I) se calcula aplicando la tasa de 4% sobre la base gravable de la cual se deduce una cantidad equivalente a varias veces el salario mínimo general elevado al año, de la zona económica a que corresponda en el Distrito Federal. Quedando el artículo 26 de la siguiente manera en materia del ISAI relativo a los fideicomisos:

(108) *Arca y Cervantes, José, De las Sucesiones, Ed. Porrúa, México, D.F., 1992, p. 219.*

ART. 26.- Para los efectos de éste capítulo, se entiende por adquisición la que derive de:

FRAC. I.- Todo acto por el que se transmita la propiedad incluyendo la donación, la que ocurra por causa de muerte y....

FRAC.X.- Actos que se realicen a través del fideicomiso, así como la cesión de derechos del mismo...."

Como el testamento por el cual se constituye el fideicomiso al momento de la muerte de la persona puede tener multiplicidad de fines, entonces, dependerá el caso concreto de que se trate para determinar la causación de impuestos de genere. Ejemplo de ello es el caso de la constitución de fideicomisos de garantía que para los efectos de causación del impuesto sobre adquisición de inmuebles se entenderá la enajenación efectuada a partir del momento en que se otorgue la posesión su uso o goce:

"ART. 26.- FRAC. X.-.... Tratándose de fideicomisos de garantía en los que el acreedor o la persona que éste designe tenga la posesión del mismo o su uso o goce, se entenderá que se efectuará la enajenación a partir del momento en que se otorgue su posesión o se conceda su uso o goce...."

Sin embargo, la ventaja fiscal del fideicomiso testamentario consistente en diferir el pago de los impuestos al momento en que se entienda transmitida la propiedad en favor del fideicomisario heredero pudiese parecerse irreal o ficticia, debido a que actualmente tienden a la alza los valores comerciales de los inmuebles que tienen que ser valuados a través de peritos autorizados y por instituciones fiduciarias o de peritos también autorizados (Art. 31 de Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal), personas morales y por tanto el valor que

aparentemente se mantiene inmóvil es actualizado, tarde o temprano para efecto del pago del impuesto referido y por consiguiente mayor el pago del impuesto.

5.2.- Régimen fiscal aplicado a los fideicomisos cuasi-testamentarios.

Dependiendo de los fines concretos del fideicomiso es necesario analizar si la causa generadora de los impuestos lo constituye la propia herencia o deja de ser ésta su sustento y entonces la causa misma este constituida por otros factores que será necesario analizar para el caso concreto.

En los fideicomisos no testamentarios, es decir aquellos que se constituyen por contrato "inter vivos" con efectos "post mortem", se cubrirán los impuestos que correspondan dependiendo de las finalidades concretas del fideicomiso, ya sea de administración de acciones, de inversión en títulos valor, de actividades empresariales, etc.

6.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

Por lo que corresponde al Fideicomitente-testador, hay una verdadera transmisión de propiedad de aquellos bienes o derechos que han sido afectos en fideicomiso, hacia el fiduciario, al momento en que la persona fallece.

La adquisición por parte del fiduciario opera al acontecer la muerte del propietario del caudal hereditario, es entonces que el fiduciario o albacea investido de la legitimación otorgada en el testamento podrá una vez concluido el procedimiento sucesorio, inscribirse en el Registro Público de la Propiedad las transmisiones de los bienes de que se trate una vez cubiertos los correspondientes impuestos.

Los herederos fideicomisarios o legatarios fideicomisarios estarán sujetos a la voluntad del testador y adquirirán la propiedad de los bienes de que se trata hasta en tanto se cumplan los requisitos señalados en el testamento. Estaremos hablando de una segunda gravación en el ISAI al adjudicarse los beneficiarios.

En el "inter", a partir de que el testador otorga su testamento y hasta el momento de su muerte, puede entregar el testimonio de su testamento al albacea o a dicha institución fiduciaria para que una vez acontecido el fallecimiento, ya sea el albacea o el fiduciario a través de sus delegados fiduciarios, (Art. 80 LIC) comparezcan en representación del testador, a iniciar los trámites del juicio sucesorio.

De parte del fiduciario, existe una propiedad, pero por su propia naturaleza, no es una propiedad definitiva, pues la afectación es para cumplir un fin determinado.

A diferencia de los fideicomisos cuasi-testamentarios, como lo apunta el mismo autor Arce y Cervantes, el fideicomiso, que se constituye "intervivos" con la

disposición que continuará "Post mortem", sí modifica el patrimonio del autor y es posible que afecte a terceros, y puede ser anulado, por fraude a terceros. Crea derechos y obligaciones para la institución fiduciaria, quien instrumenta su administración a través de un documento, que solo puede ser realizado, a través de un contrato. Los bienes salen de su patrimonio en vida y producen sus efectos desde el presente, pero estos actos no se realizan a través de un Testamento, sino de un contrato.

Aunque puede ser unilateralmente constituido requiere aceptación del fiduciario y por lo tanto es vinculante, crea derechos y obligaciones recíprocas entre el fideicomitente y el fiduciario, y el fiduciario y los fideicomisarios.

Jurídicamente el fideicomitente enajena derechos y de esos derechos que ha enajenado ya no puede disponer. Los efectos se producen desde el presente. Los bienes salen de su patrimonio en vida. En este caso no podemos hablar de un Fideicomiso Testamentario, ya que no se trata de un acto mortis causa o testamento.

(109)

Ambas situaciones entienden al fideicomiso testamentario como actos "Inter Vivos", es decir, en la primera donde se designa a la institución fiduciaria como heredera, y el fideicomiso, donde se designa que el albacea sea quien constituya el fideicomiso.

Ahora bien, para el maestro José Arce y Cervantes, lo que se conoce como fideicomiso testamentario, es el que se constituye por un testamento como acto el que le da vida que se rige por las disposiciones del derecho común, a través del Código Civil. En cambio en los fideicomisos constituidos por acto inter vivos, con efectos post mortem, se rigen por su ley especial, que es la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

(109) *Arce y Cervantes, José, op. cit. p. 15.*

Concluye en esta parte señalando, que el fideicomitente lo que hace es una enajenación en vida, para que surta efectos después de su muerte.

En esta parte, al autor considera que las disposiciones testamentarias, para que tengan tal carácter, es necesaria que estén hechas con la previsión de que antes de la muerte del autor no surtirán efectos ni modificarán su patrimonio y en consecuencia sean revocables en cualquier tiempo según el art. 1493 del Código Civil.

Es decir la muerte es la "conditio iuris", o causa del negocio, el negocio por sí solo no produce efectos, sino al momento del fallecimiento del de cujus. (110)

(110) *Ibidem*, p. 17.

7.- CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Dentro de las ventajas que podemos considerar en el fideicomiso testamentario, se encuentran entre otras las siguientes:

1.- Resuelve una situación futura, descansando la voluntad de una persona en una institución bancaria de reconocida reputación la cual debe cumplir toda disposición testamentaria asegurando en todo momento un buen desempeño profesional y serio.

2.- El titular puede hacer los cambios que desee o creyere conveniente en vida, revocando sus instrucciones, en todo momento, ello asegurándole a su vez, el ajuste de tales instrucciones a sus necesidades o intereses particulares.

3.- La tramitación del juicio sucesorio sigue siendo necesaria, sin embargo, por lo que hace a las etapas posteriores de elaboración del inventario y el avalúo de los bienes fideicomitados, no serán necesarias para los fideicomisos testamentarios, ya que una vez concluido y aprobado el inventario, el fiduciario podrá proceder a mantener una administración que no esté limitada a los términos perentorios a que se sujeta la tramitación de una testamentaria como lo analizamos anteriormente.

4.- Existe la certeza de que se cumplirá la voluntad del titular, es decir, que el fiduciario actuando como un buen padre de familia cuidará que se concluya el fideicomiso de acuerdo a lo establecido en su testamento, en el momento de que él falte.

5.- Administración profesional del patrimonio, en cuanto al manejo de las inversiones.

6.- Se evita un mal manejo del patrimonio que una persona logró reunir con esfuerzo durante su vida, dejándolo al amparo de una institución que presume de profesionalismo y pericia.

7.- Dentro de las desventajas podemos señalar una, especialmente de una gran importancia, es el caso de que éste tipo de operación fiscalmente es doblemente gravada lo cual la hace un tanto incompatible con otras figuras jurídicas, evitando con ello darle la importancia que en comparación con otros países la tiene al considerarsele como un medio de inversión que reporta grandes beneficios económicos.

Es necesaria una desgravación fiscal de ésta figura a fin de darle una vida nueva a tan noble institución.

SEGUNDA.- La Institución Jurídica del Fideicomiso en México es producto de las ideas romanas y anglosajonas que dieron origen a su vez a la "fiducia" y al "trust" respectivamente, sin embargo, por lo que hace al fideicomiso testamentario podemos afirmar que es un producto directo del fideicomiso hereditario romano, evolucionado y por tanto mejorado modificado, adicionado y adaptado por el legislador mexicano conforme a nuestras necesidades jurídicas.

TERCERA.- El fideicomiso testamentario es un instrumento jurídico que permite a una persona disponer de sus bienes para después de su muerte mediando una serie de condiciones y medidas que el testador prevee en su testamento y teniendo la plena confianza de que su voluntad será respetada ya que transmite la propiedad de sus bienes a un fiduciario legitimándolo para que en cumplimiento de un determinado fin cumpla fielmente su voluntad; con la ventaja de que solo las Instituciones de Crédito reúnen las características de experiencia en la administración de patrimonios ajenos, permanencia y disposición, características que difícilmente podrán reunir cualquier otra persona sea física o moral.

CUARTA.- Al otorgarse un fideicomiso testamentario, por medio del cual se encomiende a un fiduciario, la ejecución testamentaria así como la administración de un patrimonio, supone la solución de varios problemas:

a).- Evitar situaciones peligrosas y conflictivas en cuanto a inversiones, conservación, o sustitución de bienes que por ignorancia o falta de capacidad por partes de los fideicomisarios para administrarlas, pudiera peligrar la subsistencia del patrimonio familiar.

b).- Evitar el deterioro de las relaciones familiares o afectivas.

c).- Buscar fórmulas muy específicas de protección a cónyuges, hijos, padres, menores de edad, ancianos, incapacitados, estudiantes.

d).- Crean fórmulas específicas, estudiadas por personas capacitadas para ello, para hacerlas valer y para asegurar su vigencia y su estricta observancia de acorde con la serie de disposiciones y consideraciones que para el efecto una persona viva disponga a través de su testamento y surta efectos después de su muerte.

QUINTA.- El fideicomiso testamentario de acuerdo al momento de su constitución debe ser siempre considerado como una declaración unilateral de voluntad a diferencia de los fideicomisos cuasi-testamentarios que siempre implican un acuerdo de voluntades o contrato: ya sea por que se constituyen en vida del fideicomitente quien por un acto intervivos con efectos post-mortem lo constituye o bien, aquellos que son constituidos mediante un contrato celebrado después de muerto el fideicomitente testador en cumplimiento a una disposición testamentaria.

SEXTA.- Siendo que el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala las formas de constitución de los fideicomisos ya sean por un acto inter vivos o por testamento proponemos la elaboración de un criterio legal que logre distinguirlos claramente, una clasificación que distinga los fideicomisos

testamentarios (aquellos que se constituyen en el mismo acto de testar y que surtirán sus efectos al momento de la muerte de una persona), de los fideicomisos cuasi-testamentarios (aquellos que se constituyen siempre por un acto inter vivos), ya que a mi forma de ver, los fideicomisos testamentarios tienen su naturaleza jurídica derivada de un testamento, característica eminentemente relacionada a una declaración unilateral de voluntad y que se consideran perfectamente constituidos de acuerdo a nuestras leyes al momento de ser otorgado mediante este instrumento.

SEPTIMA.- Quien constituye el fideicomiso, recibe el nombre de fideicomitente y es él quien gozando del derecho absoluto de disposición, afecta determinados bienes en fideicomiso, evidentemente dicha afectación ocurrirá hasta que se dé el elemento o causa del negocio que es la muerte del fideicomitente pero dicho acontecimiento no impide que el fideicomiso no se considere perfectamente constituido.

OCTAVA.- Si al hablar de "constitución" de un fideicomiso testamentario necesariamente hacemos referencia a una disposición testamentaria de constitución, el papel del albacea debe ser el de formalizar el acto del fideicomiso que se encuentra constituido en el propio testamento, lo cual podrá ser realizado sin mayor problema a través del albacea designado al efecto (persona física), o por una Institución de Crédito que conforme a la Legislación mercantil, puede tener tales facultades.

NOVENA.- Por lo que hace a la constitución del fideicomiso a través de la propia sucesión, el fideicomiso se considera inexistente por no ajustarse a los términos del artículo 359 de la Ley de Títulos, en el sentido de que "Solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica....", puesto que una sucesión no es persona jurídica conforme al art. 25 del Código Civil; los esfuerzos doctrinales a efecto de conferir personalidad jurídica a la hereditas inaccens no han sido aceptados por el derecho positivo. La sucesión se encuentra administrada por el albacea y es ella quien está facultada para comparecer a la continuación de relaciones jurídicas existentes y creadas por el testador.

Ello necesariamente resalta la importante figura del ALBACEA por lo cual nos parece acertada esta medida.

DECIMA.- En los fideicomisos cuasi-testamentarios, es decir los que se constituyen a través de un contrato, necesariamente necesitarán el consentimiento de la institución fiduciaria para poder considerarse legalmente constituidos y por tanto generen derechos y obligaciones para ambas partes de carácter y responsabilidad contractuales.

DECIMA PRIMERA.- El fideicomiso testamentario aplicado a la teoría del Derecho Sucesorio es perfectamente posible de ejecutarse, a través de las estructuras fiduciarias actuales sin embargo, derivado de la impresión de la Ley, la práctica nos enseña que comúnmente se celebran fideicomisos con efectos post-mortem los cuales omiten la formalidad establecida por la ley y tienden por ello a contravenir disposiciones de nuestra legislación civil aplicable, debido a que en los fideicomisos cuasi-testamentarios con efectos post mortem también se está en presencia de un acto jurídico "mortis-causa", puesto que se está haciendo una disposición de los bienes o derechos que se fideicomiten, para después de la muerte del que fuera titular, lo que sólo puede realizarse a través de un testamento, otorgado con la solemnidad y de acuerdo con las formalidades que la Ley exige para este acto y que si en estas operaciones se pretenden esos efectos, sin que se reúnan los requisitos propios del testamento, el acto es no solo nulo, sino inexistente por la violación al artículo 1295 del Código Civil del Distrito Federal, y sus correlativos de los Códigos Civiles de las demás entidades federativas de la República.

Por lo tanto este tipo de fideicomisos cuasi-testamentarios se requiere el otorgamiento de dos instrumentos: el contrato de fideicomiso en el sentido de afectar los bienes en el momento presente y otro en el sentido de dar sustento a dicha afectación post-mortem, es decir mediante testamento.

DECIMA SEGUNDA.- Desde el punto de vista fiscal el fideicomiso tiene un tratamiento fiscal específico, según sea el caso, ya que en México, el problema de determinar si los ingresos que deriven de un fideicomiso están gravados por algún impuesto no puede resolverse conforme a generalizaciones absolutas. Habrá necesidad en cada caso, de examinar la causa y la naturaleza del ingreso, así como la calidad del beneficiario, a fin de decidir sobre la situación particular. Sin embargo, las generalidades por lo que hace al fideicomiso testamentario la Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor en sus Arts. 76 y 77 señalan por lo que hace al primero de ellos que el representante legal de la sucesión pagará cada año de calendario el impuesto por cuenta de los herederos y legatarios hasta que haya finalizado la liquidación de la sucesión, y el artículo 77 señala que no se causa el impuesto sobre la Renta sobre los ingresos referidos por herencias o legados.

Sin embargo, dependiendo de los fines concretos del fideicomiso es necesario analizar si la causa del ingreso lo constituye la propia herencia o deja ser ésta su sustento y entonces la causa del ingreso lo constituyen otros factores necesarios de analizar para el caso concreto.

En los fideicomisos cuasi testamentarios, es decir que no encuentran la causa del ingreso directamente del testamento sino de un contrato "inter-vivos", se aplicarán los impuestos correspondientes dependiendo de las finalidades concretas del fideicomiso: Sean de administración de acciones, de inversión en títulos valor, de actividades empresariales, etc....

En el caso de los fideicomisos testamentarios su tratamiento fiscal es inadecuado al encontrarse doblemente gravado lo que lo hace inoperante además de gravoso.

Es necesario por tanto, una desgravación fiscal de esta figura a fin de darle una vida nueva a tan noble institución, modificando entre otras leyes la referida Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, en el sentido de que el impuesto

sobre adquisición de Inmuebles (ISAI) únicamente gravará la transmisión que el fiduciario haga a los fideicomisarios al momento de ejecutarse el fideicomiso correspondiente.

BIBLIOGRAFIA

DICCIONARIOS:

DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, Joaquín Escriche, Ed. Porrúa, S.A., 1a. ed., México, 1979 Tomo II.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Porrúa, S.A. 4a. ed. México, 1991. Tomos I y II.

DICCIONARIO DE DERECHO, Rafael de Pina, Ed. Porrúa, S.A. 5a. ed. México, 1976.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XX, Buenos Aires, 1964.

LIBROS REVISTAS Y TRATADOS:

ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario. 1a. Ed. Porrúa, S.A., México, 1978.

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. 4a. ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1980.

ALMAZAN ALANIZ, Pablo Roberto. "Antecedentes Históricos del Fideicomiso" en Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Ed. Banco Mexicano Somex, México, 1982.

ARAUJO VALDIVIA, LUIS, Derechos de las cosas y derechos de las sucesiones, Ed. Cajiga, México, 1968.

ARCE Y CERVANTES, José. Un ensayo sobre el Fideicomiso Testamentario en Revista de Derecho Notarial. México, 1972.

ARCE Y CERVANTES, José, De las Sucesiones. 3a. ed. Ed. Porrúa, México, 1992.

ARGENCIANO DAVID, El trust anglosajón, revista mensual de divulgación financiera y contable, México, D.F., 1944.

ARROCHA MORTON, Carlos A., EL FIDEICOMISO EN MEXICO en revista de investigación jurídica de la Libre de Derecho (primera parte), México, D.F., 1982.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. 1a. ed. Ed. Harla, México, 1990.

BATIZA, RODOLFO. El Fideicomiso. Teoría y Práctica. 4a. ed. Ed. Asociación de Banqueros de México, México, 1977.

BATIZA, RODOLFO. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Ed. Porrúa, S.A. México, 1968.

BAUCHE GARCADIIEGO, MARIO. Operaciones Bancarias. Ed. Porrúa, S.A. México, 1967.

CERVANTES AHUMADA, RAUL. Títulos y Operaciones de Crédito. 8a. ed. Ed. Herrero, S.A., México, 1973.

DAVALOS MEJIA, CARLOS, Títulos y Contratos de Crédito. Ed. Harla, México, 1984.

DE IBARROLA, ANTONIO. Cosas y Sucesiones. 2da. ed., Ed. Porrúa, México, 1973.

DE PINA, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, 2da. ed. México 1962.

DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. 3a. ed. Ed. Porrúa, S.A., México, 1982.

ENNECERUS KIPP WOLFF, LUDWIG. Tratado de Derecho Civil, Barcelona, 1946.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. El Derecho Privado Romano. 6a. ed. Esfinge, S.A., México, 1975.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO Introducción al Estudio del Derecho. ed. Ed. Porrúa, S.A., México, 1984.

GAYO, Institutas. Libro II, Tit. XXIII, Ed. Porrúa, México 1972.

GUSTAVINO, ELIAS P. Pactos Sobre Herencias Futuras. Ed. Ediar, S.A., Buenos Aires Argentina, 1968.

IGLESIAS, JUAN. Derecho Romano, Instituciones del Derecho Privado. Ed. Ariel, Barcelona, 1972.

KASER, MAX. Derecho Romano Privado. Madrid 1968, 5ta. edición, Ed. Reus.

KRIEGER EMILIO. Manual del fideicomiso mexicano, México 1976. Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.

LA CRUZ, JOSE LUIS y ALBALADEJO MANUEL. Derecho de Sucesiones. El Bosch, Barcelona España, 1961.

MACEDO, PABLO. El Fideicomiso, prólogo al Tratado Teórico y Práctico de los Trusts de Pierre Lepaulle. 1a. ed. Ed. Porrúa, S.A. , México, 1975.

MINQUINI CASTAÑEDA, JORGE. "Las Partes en el Fideicomiso" en Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Ed. Banco Mexicano Somex, México, 1982.

MOLINA PASQUEL, ROBERTO. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Revista Jus, UNAM, México, 1944.

MUÑOZ, LUIS. El Fideicomiso. 2a. ed. Ed. Cárdenas, México, 1980.

OTS CAPDEQUI, JOSE MARIA. Manual de historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho Propiamente Indiano. 1a. ed. Ed. Losada, Buenos Aires Argentina, 1945.

PACHECO, ALBERTO. "El fideicomiso testamentario y fideicomiso con base en póliza de seguro de vida" en revista Memoria del seminario latinoamericano sobre fideicomiso.

PATTON RUFORD G. "Historia del fideicomiso en el Derecho Romano", Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, v. XXVIII, Puerto Rico, dic. 1958.

PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. 9a. ed. Ed. Epoca, S.A. México, D.F., 1977.

PLANIOL y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil, Trad. esp. La Habana 1942.

PIÑA MEDINA, JORGE. "Antecedentes Históricos del Fideicomiso" en las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Ed. Banco Mexicano Somex, México, 1982.

POMPEYO CLARET y MARTI. De la fiducia y del trust. Revista de Divulgación Financiera y Contable, México, D.F., 1944.

RABASA OSCAR. El derecho Angloamericano, Fondo de Cultura Económica, México, 1944.

RODRIGUEZ RUIZ, RAUL. El fideicomiso y la administración contable fiduciaria. 4a. ed. Ed. Ecasa, México, 1977.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Teoría General de las obligaciones. 12a. ed. Ed. Porrúa, S.A., México, 1983.

SUAREZ SANCHEZ, CARLOS. "Planeación Patrimonial a través de Fideicomiso" en Conferencia del centro bancario de Hermosillo Sonora de Banco Nacional de México, primer seminario sobre fideicomiso. México, 1984.

VEJAR VALDES CARLOS. "Aportación del Fideicomiso Hereditario Romano a la configuración actual del Fideicomiso Mexicano", Asociación de Banqueros de México, junio 1980.

VILLAGORDA LOZANO, JOSE MANUEL. Doctrina General del Fideicomiso. Ed. Porrúa, S.A. México, 1982.

VON TUHR, ANDREAS. Derecho Civil, traducción española, ed. de Palma, Buenos Aires, 1947.

TESIS:

ARRECHEA ALVAREZ, MAXIMINO. Los negocios fiduciarios y el Fideicomiso, tesis México 1945.

KRIEGER VASQUEZ, EMILIO. Notas sobre el fideicomiso. México: Tesis Universidad Nacional Autónoma de México, 1944.

LIZARDI ALBARRAN, MANUEL. Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Tesis, UNAM, México, 1944.

VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. Breve Estudio sobre el Fideicomiso, tesis, México, 1945.

LEGISLACION:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia Federal.

Código de Procedimientos Civiles.

Ley de Notariado.

Ley de Población.

Reglamento de la Ley de Población.

Código Fiscal.

Ley del Impuesto sobre la Renta.

Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley de Servicio Público Banca y Crédito.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.

Reglamento de Inspección a Instituciones de Crédito.

Ley Orgánica del Banco de México.

Ley del Ahorro Nacional.