

# El Fideicomiso en Derecho Mexicano. Su Naturaleza Jurídica

Por el Lic. José CASTELLO G. TREVIJANO

Al intentar estudiar la naturaleza jurídica del fideicomiso en derecho mexicano, surgen al paso una serie de cuestiones de íntima relación con el problema y a su vez estrechamente ligadas entre sí, que en mi concepto conviene por lo menos delimitar antes de entrar en el estudio del tema.

La primera de dichas cuestiones, es naturalmente, el concepto del Trust, antecedente directo del fideicomiso.

La cuestión es difícilísima de resolver para la mayoría de los juristas latinoamericanos, y desde luego para mí, por el desconocimiento del derecho anglo-sajón, y tener que recurrir a fuentes de segunda mano. Pero es que además, y al parecer, los propios juristas anglosajones no se han puesto todavía de acuerdo. Al decir de Lepaulle, para explicar la naturaleza jurídica del Trust, en derecho contemporáneo, se han emitido dos teorías, que aunque radicalmente opuestas entre sí, tienen de común reducir el problema a la determinación de la naturaleza de los derechos del beneficiario.

Según la primera, la esencia del Trust consistiría en un derecho personal del beneficiario y todo el derecho de los Trust podría explicarse considerando que el beneficiario es esencialmente un acreedor del fiduciario. Solamente este último es propietario, actúa frente a los terceros, adquiere derechos, asume obligaciones y administra los bienes, y todo lo que, en último análisis tiene el beneficiario es un crédito contra el fiduciario.

De acuerdo con la segunda, sigue diciendo Lepaulle, el Trust es una división del derecho de propiedad entre el beneficiario y el fiduciario, es la creación en el beneficiario de un derecho real principal, de un verdadero derecho de propiedad, restringido en el sentido de que no comprende el derecho de administrar pero favorecido en otro sentido, puesto que da a su titular todas las ventajas de la propiedad, sin dejarle las cargas y las responsabilidades.

El mismo Lepaulle, como es bien sabido, partiendo de los elementos esenciales para la formación y la vida del Trust, que a su enten-

der son dos: un patrimonio distinto y una destinación a un fin, formula su propia teoría, según la cual, el Trust es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en el cual la unidad se forma por una destinación a un fin, que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público.

Las tres teorías no pueden ser más dispares.

Pero al parecer, la cuestión es todavía más complicada. El Lic. Javier O. Aragón, en su ponencia presentada a la tercera conferencia de la Federación Interamericana de abogados, tratando este mismo orden de ideas, dice, que se han formulado tantas definiciones del Trust como tratadistas se han ocupado de la materia, y cita al profesor Long de la universidad de Virginia, quien en un estudio sobre el particular, indica que en todas las definiciones no hay más que un criterio uniforme: la fijación de la separación entre la propiedad legal de los bienes del fideicomiso y el beneficio derivado de los mismos; pero fuera de esto, las definiciones difieren radicalmente de acuerdo con el punto de vista particular que se haya considerado como base para formularlas. Así, los trusts han sido definidos desde el punto de vista de la figura y situación del fideicomitente; del fiduciario; del fideicomisario; o de estos dos últimos; de la Corte o Tribunal que tiene jurisdicción sobre ellos; por referencia al acto por el cual son creados o con relación a la propiedad objeto del fideicomiso.

El problema se complica todavía más, si ello es posible, si para aclararlo recurrimos a averiguar las funciones del Trust.

Según Lepaulle, quien estudia la cuestión desde su punto de vista, de patrimonio destinado a un fin, el trust llena las siguientes funciones: I.—Aquellas que en los derechos de tipo romano están cubiertas por instituciones jurídicas que implican en su esencia esta misma noción; II.—Aquellas otras que en las legislaciones derivadas del derecho romano, las realizan instituciones, que sin ser patrimonios separados, contienen la idea más o menos completa y más o menos consciente de destinación de un bien, a un fin determinado; y III.—Por último el trust reemplaza ciertas técnicas jurídicas a las cuales la idea de destinación es extraña. En el primer grupo, el autor cita las fundaciones, la donación o el legado con carga y la herencia vacante; en el segundo grupo menciona la herencia aceptada con beneficio de inventario el patrimonio de los ausentes, la quiebra y el concurso voluntario de acreedores y la garantía de la dote, y con referencia al tercer grupo, asegura que el trust llena las funciones de las sociedades comerciales y civiles, de las asociaciones en participación y asociaciones civiles, que sirve para organizar grupos en el interior de una colectividad preexistente, reemplaza a la hipoteca y a los demás derechos de garantía real, sustituye al usufructo, a las sustituciones fideicomisarias de derecho hereditario, a la renta vitalicia, a la estipulación en favor de tercero y a la institución de la tutela

Pero la enumeración del autor citado, por lo visto peca de limitada, pues al decir del señor Rufford G. Patton, también en una po-

nencia presentada a la tercera conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, los propósitos para los que el trust puede ser creado, son tan ilimitados como la imaginación de los abogados.

En el mencionado trabajo dice el Sr. Patton "El doctor Scott relata que el profesor Maitland está acostumbrado a decir a sus alumnos que el éxito más sobresaliente de los ingleses en el campo de la jurisprudencia ha sido el desarrollo de siglo a siglo de la idea del trust. El doctor Scott añade de su propia cuenta que ningún otro sistema de derecho tiene una institución jurídica para hacer disposiciones de bienes que sea tan adaptable. Siendo creado por contrato es tan elástica como el contrato. Es esto lo que hace el trust único. Hay otras instituciones jurídicas disponibles para situaciones específicas. Tenemos el depósito, el albacerazgo, la tutela y la hipoteca. Pero el Trust es disponible para toda clase de propósitos. Un Trust se puede crear para cualquier fin que no esté prohibido por la Ley, o no sea contrario al orden público. Los deberes del fiduciario (Trustee) son los que el creador del Trust impone; los derechos de los beneficiarios son los que confiere a ellos.

Ante tal amplitud de funciones, tenemos derecho a preguntarnos: ¿Es que estamos en presencia de una institución jurídica o ante todo un sistema de derecho patrimonial?

El Trust nace y se desenvuelve al amparo de la existencia de dos jurisdicciones y de un doble sistema de derecho; el common. Law y la equity y en los que al lado de los derechos legales que regula el common law, existen los derechos equitativos, que protege el derecho equidad. Dentro de esta dualidad jurídica, el fideicomiso viene a ser un segundo sistema de propiedad que engendra además relaciones obligatorias distintas de las del primer sistema. Como dice el Lic. Rebase "el fideicomiso anglo-americano no es un acto jurídico excepcional, sino una de las modalidades del derecho de propiedad y de las obligaciones en general".

Dentro de nuestra técnica, según Ennccerus, se llama institución jurídica al conjunto de las disposiciones del derecho relativas a las relaciones jurídicas de una clase determinada, como la propiedad, el matrimonio, la compra-venta. Y añade, las instituciones jurídicas no existen sin conexión entre sí, sino que se entrelazan en instituciones jurídicas más generales, que a su vez se unen con otras y se van elevando hasta constituir la unidad del derecho.

En mi opinión, la conclusión a que hay que llegar, es que si bien el Trust es una institución jurídica, cuya característica parece ser una concepción suigeneris del derecho de propiedad que se atribuye a dos titulares, uno que es el dueño jurídico pero no económico y otro que al revés es el dueño económico pero no jurídico, la institución es de una amplitud desmesurada y además al afectar a situaciones económicas resueltas por nosotros por distintas instituciones es de difícil encaje dentro de nuestra división sistemática del derecho.

Esta conclusión nos lleva como de la mano a la segunda de las

cuestiones de las que al principio me refería, es decir, la posibilidad o imposibilidad de adaptación del trust en las legislaciones de tipo romano.

Aunque la mayoría de los autores, que en México tratan del fideicomiso dan el problema por resuelto en sentido afirmativo y en apoyo de esto se pueda alegar el hecho de que el fideicomiso existe y vive en más de una legislación de antecedentes romanos, que por lo menos existe una dificultad de adaptación me parece un hecho indudable. Y en prueba de ello, ahí está el fideicomiso mandato de las legislaciones de Panamá y Puerto Rico, en este último país regulado dentro del derecho sucesorio, radicalmente distinto a la concepción del legislador mexicano, y que demuestra la dificultad con que un jurista latinoamericano, se encuentra para encuadrar y regular el trust dentro de una legislación romanística. Del Dr. Alfaro, el primero en defender la introducción del trust en los países hispanoamericanos, son las siguientes palabras, en un artículo publicado en el Núm. 97 de Jus: "Lo primero que hiere el sentido lógico del civilista al estudiar la institución del trust, es que ella envuelve un doble concepto del dominio, mediante la cual el fiduciario es el propietario legal" (legal Owner), mientras el beneficiario tiene lo que se llama el título de equidad" (equitable title). A la mentalidad latina por ejemplo, le resulta francamente absurda la siguiente definición del trust por Salmond, que cita Franceschelli: Propiedad fiduciaria es la que tienen dos personas al mismo tiempo, siendo tal la relación entre los dos propietarios que uno de ellos está bajo la obligación de usar su dominio para beneficio del otro. El primero se llama fiduciario (trustee) y su propiedad es la propiedad fiduciaria. El segundo se llama beneficiario y la suya es la propiedad beneficiaria". En otras palabras, hay, por decirlo así una dicotomía en la concepción inglesa del dominio en lo referente al Trust. Se reconocen sobre el mismo patrimonio un derecho teórico o convencional del fiduciario o trustee y un derecho real y efectivo del beneficiario o cestui que trust. Esta división del derecho de dominio va naturalmente ligada a la distinción que hace el sistema jurídico anglo sajón entre derecho común y equidad. Tales conceptos son extraños a la mentalidad civilista. Y el mismo autor más adelante añade: "A este respecto —dice el tratadista francés Maurice Travers— el derecho de propiedad del Trustee, tal como lo concibe la Ley anglo-americana, es cosa enteramente especial y desconocida en la Ley francesa. Las palabras que expresan aquél derecho, legal Owership no podrían ser traducidas al francés" El Dr. Alfaro a renglón seguido dice: "Idéntica observación cabe con respecto al derecho y al idioma españoles" (1). Nótese que como queda dicho anteriormente, esta dualidad de títulos a que se refiere el Dr. Alfaro, es lo único que el profesor Long encuentra de común en las distintas defi-

-----  
(1) Debe observarse que los autores sajones y la mayoría de los latinoamericanos que tratan del trust y fideicomiso, llaman derecho civil y países de derecho civil a las legislaciones de antecedentes romanos.

niciones del trust y que como antes hemos dicho parece ser la característica de la institución. Me parece más que probable que a esta dificultad de adaptación de conceptos dentro de nuestro derecho patrimonial, que es algo más que una cuestión terminológica, se deba en gran parte la teoría del patrimonio independiente de Lepaulle, quien en un verdadero esfuerzo de adaptación y encontrando que el concepto de propiedad romano y la teoría de los derechos reales sobre cosa ajena, era irreductible, buscó refugio en la teoría de los patrimonios independientes o diferenciados, aunque el remedio plantea cuestiones técnicas de muy oscura solución como se verá más adelante.

Pero además, la enorme variedad de propósitos que puede llenar el trust, esa flexibilidad de que tan orgullosos están los juristas anglosajones, es lo que en mi opinión dificulta más la adaptación del mismo en nuestras legislaciones. Al querer adaptar el trust en conjunto se tropieza con la enorme dificultad de que rebasa los límites de una normal institución jurídica según nuestra técnica y por consiguiente es imposible regular en unos cuantos artículos. La importación del trust como unidad, implica un doble sistema de derecho: al lado de los derechos de garantía, cuidadosamente elaborados y fijados desde el derecho romano, existirán los fideicomisos de garantía con todas las variantes según el objeto sea mueble, inmueble, unidad industrial, títulos de crédito, etc., al lado de las fundaciones de beneficencia, tendremos los fideicomisos con fines análogos, junto al concurso voluntario de acreedores, el fideicomiso para pago de deudas; al lado de la administración del tutor, con todo el organismo tutelar, la administración fiduciaria de los bienes dejados al menor; al lado del apoderado normal con simples facultades administrativas, el fideicomiso de administración revocable a voluntad del fideicomitente, y la lista podría prolongarse con no mucha imaginación.

Además en cada caso concreto, si se quiere ser lógico, el fideicomiso habrá de adaptarse a la institución similar de derecho común, pues no se ve la razón de que lo que sea válido para una no lo sea para el otro. Si en la hipoteca por ejemplo, aun interviniendo una institución de crédito, acreedor y deudor no pueden pactar que en caso de impago la finca se vende por el precio que fije un tercero libremente, no se ve el motivo por el cual, el fiduciario puede hacerlo en el caso similar de un fideicomiso de garantía. Si el tutor no puede vender los bienes del menor sin autorización judicial, habrá que concluir que en el fideicomiso en el que el beneficiario sea un menor, tampoco el fiduciario podrá vender sin dicha autorización. Y fatalmente se llega a esta conclusión: o el fideicomiso se adapta a la institución que suple, en cuyo caso en la mayoría de los supuestos la institución es inútil o no se adapta y hemos creado una duplicidad de derecho y de normas para el mismo negocio económico.

El legislador mexicano vio claramente la dificultad y el peligro aunque se lanzó de buena fe a adoptar el trust, anticipándose a la política de "buena vecindad". En la exposición de motivos de la Ley Ge-

neral de Títulos y Operaciones de Crédito, al indicar las razones que ha tenido el legislador para reglamentar el fideicomiso, advierte que lo hace aunque ofrezca los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas. Y aunque el regular el fideicomiso se excede evidentemente de sus propósitos, con buen criterio sigue diciendo la mencionada exposición de motivos, "los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construídas. En cambio el 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.

Otra de las cuestiones que hay que aclarar, es de terminología. Me refiero a la llamada "titularidad", palabra con la cual y decir que ésta pertenece al fiduciario, más de una vez se da por resuelta la naturaleza del fideicomiso.

A este respecto, el doctor Alfaro, en el artículo citado anteriormente, criticando la definición del fideicomiso dada por el licenciado Gustavo R. Velasco, que empieza con la frase "el trust es una modalidad de la titularidad" dice lo siguiente:

"¿Qué cosa es titularidad?, la palabra no se halla catalogada en los léxicos de lengua corriente. Falta asimismo en los de legislación y jurisprudencia y no se la encuentra en la terminología de los Códigos. Afirmar pues, que el trust es "una modalidad de la titularidad" es brindar un concepto elaborado a base de un neologismo que forzosamente lo hace oscuro.

"Ahora, si siguiendo las reglas de los derivados aceptamos la voz titularidad como la calidad o estado del "titular de un derecho", llegamos a la conclusión de que en esta definición lo que para el autor constituye la esencia del trust es el título de fiduciario. Es decir, el autor parece haber sufrido la influencia de la concepción anglo sajona de la doble propiedad simultánea en que el fiduciario tiene el "título legal" y el beneficiario el "título de equidad". En lengua y jurisprudencia inglesa title (título) tiene tres connotaciones:

- 1a.—El derecho de propiedad o dominio;
- 2a.—La fuente o causa de tal derecho;
- 3a.—El instrumento que prueba el derecho.

De allí que el verbo to entitle signifique dar derecho a demandar o recibir algo, y que el participio entitled se aplique al que tiene un derecho.

En español, así en el lenguaje jurídico como en el vulgar, título es la causa en cuya virtud somos dueños, poseedores o tenedores de alguna cosa, o bien el instrumento con que se acredita un derecho. De estas dos acepciones es forzoso desechar la de instrumento, escritura o testimonio, que es puramente adjetiva y que no tiene aplicación, y sólo cabe aceptar la de causa en cuya virtud el fiduciario tiene el dominio de los bienes fideicometidos. Falta, pues, en nuestra lengua la

primera connotación de la inglesa, o sea, la de que el título es el derecho mismo". Completamente de acuerdo con el autor, en cuanto al párrafo transcrito, resulta, que si queremos definir el fideicomiso, dentro de nuestra técnica, habrá que eliminar la palabra titularidad, que no aclara nada y sólo sirve para encubrir un concepto confuso.

Por último otra de las cuestiones a que se alude al principio consiste en la diferenciación entre lo que los autores entienden que debiera ser el fideicomiso en aquellas legislaciones que lo han adoptado, de acuerdo con su personal criterio y su concepción personal del trust y lo que es según la legislación respectiva. La mayoría de los autores, en efecto, en su afán de que la adaptación de la institución sea correcta, involucran con gran frecuencia su concepto personal de lo que debiera ser el fideicomiso con las normas que lo regulan en la legislación mexicana, y si se trata únicamente de examinar el concepto del fideicomiso de acuerdo con las normas de la legislación mexicana, habrá que eliminar cuidadosamente las teorías que no estén basadas en preceptos legales.

Con lo anterior a modo de antecedentes, que aún a riesgo de incurrir en pesadez me han parecido necesarios, voy a intentar abordar el problema del fideicomiso en derecho mexicano.

El tema de la naturaleza del fideicomiso, no es nuevo en la literatura jurídica mexicana.

El Lic. Molina Pasquel en su trabajo sobre "Los Derechos del Fideicomisario", publicado por la Editorial "Jus", recopila las opiniones de los autores que han tratado el tema, bien directamente o incidentalmente.

Si descartamos los autores que tratan la cuestión refiriéndose a lo que según ellos debiera ser el fideicomiso, y no a lo que es en el derecho positivo mexicano, las opiniones emitidas según el mencionado trabajo, que me permito extractar, son las siguientes:

Para el doctor Rodríguez, mercantilista español, los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio separado, "patrimonio fin o de afectación", del que es titular el fiduciario, quien es dueño jurídico, pero no económico; el beneficio económico recae sobre el fideicomisario, quien puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales del establecimiento.

Según el licenciado Landerreche, el fideicomiso es una afectación realizada a través de una especie de desmembración de la propiedad, entre el derecho de aprovechamiento y la facultad de ejercitar los derechos y obligaciones, referentes a los bienes.

Según el licenciado Emilio Krieger Vázquez, el fideicomiso no es un negocio fiduciario dentro de la concepción romanística de estos negocios. La situación se caracteriza fundamentalmente por la desaparición del derecho de propiedad sobre los bienes fideicometidos, la intervención de un sujeto de derecho, órgano de ejecución de la situación, y la existencia de un fin que sirve de medida y límite a las facultades del fiduciario. Los bienes fideicometidos no integran un pa-

trmonio afectación; simplemente desaparece respecto de ellos la facultad libre de disposición, es decir, la facultad dominical. Constituyen un grupo de bienes sin propietario, pero no sin sujetos con derechos respecto de ellos. En el caso constitutivo el propietario tácitamente renuncia a su facultad dominical sobre los bienes sin trasferirla a sujeto alguno. Aparecen en cambio dos nuevos centros que polarizan, hacia los cuales convergen determinados derechos y obligaciones: 1) El fiduciario y 2) El fin a que se han destinado los bienes. El segundo puede ser el beneficio de la colectividad, obligaciones, y derechos que siempre estarán en la presencia de un sujeto jurídico, capaz de exigir el cumplimiento. Las relaciones jurídicas, derechos reales y personales, antes referidos a un solo sujeto (fideicomitente) se escinden y fijan en dos núcleos distintos; no es un proceso de separación de elementos pre-existentes, sino la creación de nuevos derechos y obligaciones, de naturaleza diferente, que se relacionan con nuevos sujetos también.

Para conceptuar correctamente este complicado negocio, dice el autor comentado, habrá de verse que el fiduciario es el único facultado para disponer de los bienes, excepto para reivindicar facultad de la que es titular preferente, pero no único.

La definición de la ley mexicana es contraria a varias instituciones que ella consagra, al introducir un elemento más, innecesario y perturbador, que es la titularidad del fiduciario. "La titularidad de un derecho es su propiedad; luego la ley considera que el fiduciario ejercita los derechos como propietario de ellos, siendo lo correcto que sólo tiene los necesarios para el cumplimiento de su encargo, que ya éstos (derechos y acciones) son bastantes". "El fiduciario es, hablando con propiedad, un órgano de ejecución o de gestión".

El fideicomitente es un ser desvalido, a quien la ley ha despojado injustamente de derechos que debiera tener, iguales a los del fideicomisario, excepto el de recibir los beneficios, según opina el Sr. Lic. Krieger.

El fideicomisario, que tiene actividad esporádica en el fideicomiso, es el titular de un derecho a percibir beneficios, sin contraprestación correlativa. La Ley le da una acción personal para exigir el cumplimiento del fiduciario, una revocatoria contra los actos indebidos de éste, y una llamada reivindicatoria, encaminada a restituir los bienes al conjunto sometido al régimen fiduciario.

El Lic. Manuel Lizardi Albarrán, concluye respecto a la naturaleza del fideicomiso; que el proceso de construcción de esta nueva institución "opera sobre el derecho de propiedad" regulado por nuestro derecho y lo descompone en dos derechos cuya existencia es formalmente posible por el contenido de las normas que rigen la nueva institución. El del fiduciario se caracteriza por la facultad de disposición; se configura como un nuevo derecho distinto de la propiedad. El segundo derecho es el del fideicomisario que se caracteriza por contener fundamentalmente un contenido económico válido erga omnes.

"Este derecho tiende a confundirse con el fin de la operación y



tiene la característica distintiva de dar lugar a efectos reales, ya que el fideicomisario puede, aunque normalmente el fiduciario ejercite el dominio sobre los bienes objeto de la relación, perseguirlos y aún reivindicarlos, dentro de ciertos límites, para restituirlos al fondo de fideicomiso". El derecho del fideicomisario adquiere la configuración de un auténtico derecho real, aunque de tipo especial diferente de los demás que conoce nuestro ordenamiento positivo. Sobre la misma cosa concurren dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y el del fideicomisario con un valor económico.

Los bienes están sujetos a una afectación amplia y muy especial, pero no pueden considerarse por ello como patrimonio independiente de todo sujeto de derechos, como lo plantea Lepaulle, lo que es contra la Ley mexicana. "Únicamente pueden considerarse como bienes, dentro del patrimonio de la fiduciaria, sujetos a un régimen especial y que en caso dado deben separarse".

Por último, el licenciado Molina Pasquel en la obra mencionada incidentalmente dice: "El derecho del fiduciario debe ser concebido como un derecho de propiedad sujeto a modalidades especiales creadas en la Ley, que consisten en la limitación de sus facultades de disposición y de goce".

La transmisión en favor del fiduciario, que no es clara sino confusamente implícita en la Ley actual, debe entenderse resultante del acto constitutivo; la cosa creemos, llega a sus manos ya afectada a los fines determinados.

La situación jurídica del fiduciario es el haz de derechos y obligaciones que debe ejercitar y cumplir dentro de la limitación impuesta a su titularidad por el acto constitutivo. Sus principales obligaciones son de hacer (ejecutar el fideicomiso) y de dar (pagar al fideicomisario los beneficios). En esa situación se encuentra implícita la obligación de abstenerse, de no hacer mal uso de sus derechos, y de no excederse de las facultades que se le confieran.

El fideicomisario tiene el derecho primordial y fundamental de exigir el cumplimiento de parte del fiduciario y carece de vínculo o acción directa sobre el patrimonio fideicometido, que es de la titularidad exclusiva del fiduciario.

¿Qué pensar de esta diversidad de opiniones?

En la consideración teórica del problema, las soluciones se podrían enmarcar en dos grandes grupos: I.—Las que tienden a adaptar el fideicomiso dentro de nuestro concepto del dominio y los derechos reales sobre cosa ajena; y II.—Los que buscan la solución en el patrimonio independiente.

Una de las pocas cosas en que parece que todos los autores están de acuerdo, es en que el fideicomiso está regulado en la Ley mexicana con excesiva vaguedad. Como ya queda explicado, esta vaguedad no es culpa del legislador, lo es del trust que se quiso importar y que por su propio carácter (más amplio que una institución jurídica nor-

mal) es imposible de encuadrar en una reglamentación de pocos artículos. Tal vez necesitaría un Código.

Pero dentro de esta vaguedad o flexibilidad, si se quiere emplear un eufemismo, en mi opinión, que coincide con las más generalizadas la idea que preside la regulación del fideicomiso en México, es la de un patrimonio destinado a un fin. Esta, con seguridad es la idea central y quizá la única común a los distintos tipos de fideicomiso, aunque se resiente de la influencia de la anterior concepción del fideicomiso como mandato y la idea de la comisión o encargo aflora con tal fuerza que a veces llega a desvirtuar la otra.

Según el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito; el 349 dice: "La afectación de bienes que el fideicomiso implica" y el 351 añade que los bienes se considerarán afectos al fin a que se destinan.

Pero esta afectación a un fin, o como dice el Dr. Alfaro con más propiedad, destinación a un fin, plantea dos problemas capitales:

a).—¿Quiere decir que la esencia del fideicomiso es ser un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho, como afirma Lepaulle respecto al Trust?

b).—¿El patrimonio fin, es un patrimonio diferenciado, distinto del personal que pueda tener la persona o personas que sobre él ejercite los derechos?

El primer problema es de trascendencia, puesto que atañe al fundamento de toda nuestra construcción jurídica, basada en el concepto del derecho subjetivo, como poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico.

A este respecto, me parece interesante transcribir a Enneccerus: Dice el citado autor: "En la determinación dada al concepto de los derechos sólo encajan inmediatamente aquellos que corresponden al hombre individual o a una pluralidad de hombres. Donde hablamos de derechos de una persona jurídica, por ejemplo, una asociación jurídica capaz o una fundación, no existe en realidad un sujeto al que correspondería el poder jurídico (pensado), pues no cabe considerar como sujeto de los derechos de la asociación o de la fundación ni a los miembros o representantes de la primera ni a los beneficiarios o administradores del patrimonio de la segunda. Por tanto, puesto que todo poder, incluso el meramente pensado, presupone conceptualmente un sujeto del poder, aquí no tenemos derechos en el sentido antes expuesto. Sólo hay una vinculación de bienes o de personas para un cierto fin (el fin de la persona jurídica). Pero a estas afectaciones a un fin no le son aplicables ni el concepto del derecho subjetivo, ni ninguna de los numerosos conceptos singulares y disposiciones jurídicas edificados sobre aquél".

"La consideración puramente teórica sólo tiene una doble posibilidad, o bien mantiene para las personas naturales el concepto de poder

de los derechos, pero reconociendo que los llamados derechos de las personas jurídicas no son, en realidad, sino afectaciones al fin, estableciendo en consecuencia, junto a todo concepto singular de derecho, un concepto de la vinculación a un fin paralelo a aquél, y junto a toda regla de derecho que afecte a un derecho subjetivo o a su titular, una disposición correlativa para la afectación al fin. O bien partiendo de que todo nuestro ordenamiento jurídico, ya se refiera a las personas naturales o ya a las llamadas personas jurídicas, es de carácter esencialmente unitario, rechazar totalmente, en consecuencia, el concepto del derecho subjetivo como concepto de poder y estimar, lo que nosotros calificamos de derecho subjetivo, es sólo una vinculación para ciertos fines, sean los fines de un individuo naturales sean fines más grandes reconocidos por el ordenamiento. (Derecho de las personas jurídicas).

“Es perfectamente posible que la evolución jurídica futura se encarrile por uno de esos caminos y seguramente por el último, puesto que evita la duplicidad en el derecho. Para tomar esta dirección hay también razones fuera del orden de las personas jurídicas, a saber: en la admisión de los derechos que los no nacidos, e incluso los no concebidos, adquirirán en el caso de nacer: en el reconocimiento de las expectativas, que no contienen todavía una facultad de poder presente; en la subsistencia de servidumbres unidas a una finca abandonada, o de créditos unidos a un título al portador *nullius* en un tiempo determinado.

“Pero hasta ahora, prescindiendo de tales atisbos, no se ha penetrado francamente en ninguno de estos caminos, porque el primero llevaría a una bifurcación inconveniente y porque tanto el uno como el otro harían necesaria una transformación radical de la estructura de casi todo el derecho.

“Más bien, el derecho positivo toma su punto de partida en el lares y hace aplicables estos y todos los conceptos y reglan singulares desenvueltos a base de los mismos a aquellas vinculaciones a un fin, en virtud de considerarlas como facultades de poder y de estimar como sujeto de estas facultades a la organización que sirve para este fin”.

Las ideas que se contienen en el párrafo transcrito, me parecen esenciales para el tema que se estudia. Pues aunque se acepta la sugerencia de Ennccerus, de que el sistema jurídico debe basarse en la idea de vinculación a un fin, prescindiendo del concepto de poder, es un hecho que hoy nuestra construcción jurídica está basada en el concepto del derecho subjetivo como poder y por lo tanto en la construcción del fideicomiso, habrá que prescindir, como prescinden todos los autores mexicanos de la idea de Lepaulle del patrimonio independiente de todo sujeto de derecho, y estimar, aunque sea como ficción, que la persona o personas físicas o jurídicas, que actúan sobre el patrimonio del fideicomiso son sujetos de derecho y hay que aplicarles las normas generales que rigen para la personalidad.

Sentado que el patrimonio técnicamente no es independiente de sujetos de derecho, surge el problema apuntado en segundo lugar, de si

una persona puede tener más de un patrimonio, pues de su solución depende que puedan diferenciarse o no dentro de los bienes propios del fiduciario los distintos patrimonios entregados en fideicomiso y los bienes propiedad de la institución fiduciaria.

La teoría clásica, seguida entre otros por Planiol, entiende que el patrimonio es una universalidad jurídica, que comprende todos los derechos y obligaciones, en su apreciación económica, que corresponden a una persona o sujeto de derecho, y que está regido por los cuatro principios siguientes: 1o.—Sólo las personas pueden tener un patrimonio. 2o.—Toda persona tiene necesariamente un patrimonio. 3o.—El patrimonio es inseparable de la persona. 4o.—Una persona sólo puede tener un patrimonio. Pero en realidad esta teoría está totalmente superada. Entre otros Fadda y Bensa sostienen que el patrimonio como universalidad jurídica no existe sino para un fin y dentro de los límites de ese fin y que cuando ese fin lo exija pueden darse varios patrimonios en una sola persona. Así como la ley en ciertos casos y con determinada finalidad práctica, unifica el conglomerado de derechos y obligaciones en la cabeza de un titular y surge entonces el patrimonio, así mismo se dice no hay razón para no aceptar la existencia de dos patrimonios con un solo titular, mientras el fin práctico de asegurar los derechos de los acreedores existe y por lo tanto a título transitorio y dentro de los límites temporales de aquel fin.

La doctrina parece que está hecha para nuestro fideicomiso. Y en apoyo de la tesis los autores citan varios supuestos, entre ellos, el beneficio de inventario, el patrimonio mercantil del comerciante individual, la aportación del comerciante socio de responsabilidad limitada o de accionistas de una sociedad anónima, las formas germánicas de hipoteca independiente, los bienes del ausente dados en posesión a sus presuntos sucesores, patrimonio de familia, etc.

Resulta por lo tanto, que es indudable que en la práctica civil y mercantil, se encuentran grupos de bienes que bajo el señorío de una misma persona están sujetos a distintas reglas. En consecuencia no se ve inconveniente técnico alguno, en admitir que los bienes fideicometidos forman un patrimonio separado, o diferenciado del patrimonio de la Institución Fiduciaria.

La noción es importante y de consecuencias prácticas.

Por de pronto la existencia de bienes apreciables económicamente es esencial a la noción del fideicomiso, pudiendo ser objeto del mismo, como dice el artículo trescientos cincuenta y uno toda clase de bienes y derechos salvo aquellos que conforme a la Ley sean estrictamente personales del titular.

Y en segundo lugar, si consagramos la unidad del patrimonio fideicometido como una universalidad, habrá que admitir el principio de subrogación real y en consecuencia la facultad de reivindicar los bienes salidos indebidamente del patrimonio del fideicomiso y la facultad de separar en la quiebra del fiduciario los bienes fideicometidos o aquellos con que se hubieren substituído (artículo 355 de la Ley de Títulos

y Operaciones de Crédito y 158 y 159 fracción VI y 160 fracción III y IV de la Ley de Quiebras).

Ahora bien, decir que la esencia del fideicomiso es ser un patrimonio destinado a un fin no agota, ni mucho menos, el problema, pues si como queda dicho en nuestra técnica jurídica, las distintas personas que tengan facultades sobre el patrimonio, hay en rigor que tratarlas como si fueran sujetos de derecho, habrá que averiguar quienes son los sujetos de derecho que actúan o tienen facultades sobre el patrimonio del fideicomiso y cuáles y de qué categoría son esos derechos.

Los sujetos de derecho pueden ser: tres, dos o uno.

Pueden ser tres si existe un fideicomiso determinado, el fideicomitente se ha reservado expresamente derechos en el título de construcción o por el fin especial del mismo esta reserva se entiende implícita, y existe, como es natural un fiduciario.

Pueden ser dos en el caso de que o bien el fideicomisario no exista, pues el artículo 347 determina que basta con que el fin sea lícito, o bien el fideicomitente, al declarar expresamente que no se reserva ningún derecho desaparezca de la escena.

Y puede ser uno, si en vez de darse alternativamente los dos supuestos indicados en el párrafo anterior, se dan conjuntamente y queda sólo en fiduciario, quien también en algún caso (no aceptación, renuncia, remoción) puede no existir durante cierto período.

Los derechos de los tres personajes en cuestión, la Ley, los refiere en definitiva al título de constitución, y así dice: que el fideicomitente "tendrá los que expresamente se reservare", (art. 351) los que señala el fideicomisario serán, además de los derechos que se le conceden por virtud del acto constitutivo del fideicomiso" (Art. 355) y el fiduciario tendrá los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento del fideicomiso "salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto". (Art. 356).

¿Pero cuál es el ámbito de esta autonomía de la voluntad?

Si entendemos que no tiene más límites que los que señala el Art. 347, o sea que el fin sea lícito y determinado, y que dentro de este fin, al regular el fideicomiso hay plena libertad de acción, siempre que no vaya contra las normas específicas de la institución y el orden público, entonces, éste puede adoptar las figuras jurídicas más variadas y la confusión llevar al fracaso irremediable de la institución.

Esta parece ser sin embargo, la opinión que empieza a predominar en la práctica, en la que el fideicomiso se le hace servir no sólo para finalidades que pueden ser cumplidas y de hecho lo son por instituciones tradicionales de construcción técnica precisa, sino que a veces el fin es de una licitud discutible, como si la institución no pudiera olvidar que en su origen el negocio fiduciario persigue en su esencia, además de superar la ley, burlarla (por cierto que esta tendencia del fideicomiso de ir en contra de las normas establecidas es tan fuerte que aparece hasta en la misma regulación legal, que permite una verdadera sus-

titución fideicomisaria en contra de lo terminantemente establecido por el Código Civil).

Y en la regulación práctica del mismo, hay una franca tendencia a disminuir los derechos del fideicomitente y del fideicomisario, y a aumentar innecesariamente los derechos del fiduciario, basándose en la idea de que el fideicomiso implica un traspaso de bienes, cosa, que si bien puede ser cierta para el trust, no lo es para el fideicomiso, en cuya regulación únicamente el Art. 352 habla de trasmisión y sólo para determinar la forma del acto jurídico en ciertos casos.

El fin es el eje de la institución.

Los derechos del fiduciario, dependen del fin: "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso (Art. 356). Es decir, si el cumplimiento del fideicomiso exige que el fiduciario tenga facultades de dominio este las tendrá aunque el título constitutivo nada diga expresamente.

El fideicomitente, ese ser desvaldo según el Licenciado Krieger Vázquez por de pronto es el único personaje imprescindible para la constitución del fideicomiso y puede tener más derechos que nadie, no solamente en el caso de que se los haya reservado expresamente, y desde luego cuando se haya reservado la facultad de revocar, sino cuando por la naturaleza del fin, los bienes, terminado el fideicomiso tengan que volver a su patrimonio de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 358 que dice: Extinguido 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". Los derechos del fideicomisario, determinados por el Art. 355 están también fijados de acuerdo con el fin del fideicomiso, pues la facultad de atacar la validez de los actos del Fiduciario, está condicionada a que sea en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades, es decir, siempre que el fiduciario traspase el fin a que los bienes estén destinados y lo mismo sucede con la facultad de reivindicar los bienes, que le corresponde "cuando ello sea procedente", frase que, interpretada en relación con el fin, adquiere claro sentido.

Sin embargo, dentro de esta ideterminación hay una limitación clara y terminante: El fiduciario no puede ser beneficiario.

Con esto aparece un nuevo punto de apoyo, junto con el patrimonio fin. Por amplias que sean las facultades que tenga el fiduciario obra siempre en provecho de otro. Es una reminiscencia de la antigua concepción del legislador mexicano de fideicomiso mandato o es consustancial con la institución? De cualquier manera en la regulación mexicana es una idea persistente en la Ley. El fideicomiso es un encargo o comisión. El fiduciario podrá si se quiere obrar en nombre propio, pero siempre en provecho de otro y se le impone la obligación clásica para todo aquél que no actúa en provecho propio: conducirse como un buen padre de familia (Art. 356). En definitiva pues, el fiduciario no es más que un órgano de ejecución sobre los bienes que constituyen el patrimonio del fideicomiso. En realidad no tiene derechos en el sentido de

de IHERING: un interés tutelado jurídicamente. Tiene sólo facultades, aunque en nuestra técnica deban normarse como si fueran verdaderos derechos subjetivos: un poder de actuar que la ley concede.

Dentro de esto, por la excesiva elasticidad que se ha querido dar a la institución, el fideicomiso puede adoptar modalidades distintas que a veces se saldrán del marco de la misma.

En el caso de que el fiduciario no tenga más que facultades de administración y el fideicomitente se haya reservado la facultad de revocar, yo por lo menos, no logro ver la diferencia entre el fideicomiso y un vulgar mandato. Y creo que lo mismo podría decirse de casi todos los fideicomisos revocables.

Normalmente, y como dice el Licenciado Krieger Vázquez, hay ciertos derechos que desaparecen o quedan en la sombra, pues según el artículo 351, sobre los bienes sólo podrán ejercitarse los derechos y acciones que se refieran al fin a que están destinados. La situación no es nueva en nuestro sistema.

Tal sucede con las prohibiciones de disponer; el patrimonio familiar y las fundaciones, situaciones en que se produce el fenómeno precisamente por la misma causa, es decir, por que predomina la idea de fin.

En estos supuestos la figura que se crea es un patrimonio dotado de órganos de ejecución, órgano que es el fiduciario, quien podrá llegar a tener todas las facultades de un propietario excepto la de disfrute, pero siempre condicionadas al fin.

Los derechos que desaparecen; indudablemente favorecen a alguien que es el fideicomisario. Pero unas veces al quedar éste indeterminado prácticamente habrá una verdadera paralización del ejercicio de un derecho por la dificultad de encontrar un procedimiento adecuado para su defensa; otras el fideicomisario tendrá un derecho de crédito contra el fiduciario; pero en otras, adjudicación para pago de deudas determinadas por ejemplo) el fideicomisario podrá tener un verdadero derecho real llegándose así a una especie de propiedad dividida como opina el Licenciado Lizardi situación para la que no se ve inconveniente técnico alguno, pues en el Código el número de los derechos reales no es limitado como ocurre en otras legislaciones, la alemana, por ejemplo. Ante esta variedad, se comprende que cualquier teoría que se emita puede tener parte de verdad. Por mi parte llego a la conclusión de que el fideicomiso es un patrimonio destinado a un fin, dotado de órganos de ejecución, cuyas facultades, así como los derechos que el fideicomitente y el fideicomisario pueden tener sobre los bienes, dependen del acto jurídico que le dio vida, sin más limitación que adaptarse a las normas de nuestro sistema jurídico.