Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El Fideicomiso y la Separación en la Quiebra

Disposiciones Especiales en la Legislación Mexicana *

Por Joaquín RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ.

I) Planteamiento del problema.

Queremos examinar la situación de los bienes transmitidos fiduciariamente y ver la suerte que corren en caso de quiebra del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario.

El art. 346 de la L. Tít. y Op. Cr., formula la definicion del fideicomiso 1 al declarar que "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Nuestra investigación va a ser limitada. No tiene la pretensión de referirse a todos los aspectos del fideicomiso, sino únicamente a los efectos del mismo en caso de quiebra de las personas interesadas en él. Concretamente los problemas que pretendemos resolver son estos: ¿La quiebra del fideicomitente, permite la reivindicación para la masa de los bienes dados en fideicomiso? ¿La quiebra del fiduciario determina la inclusión en la masa de éste de los bienes fiduciarios? ¿O, en el caso anterior, existe un derecho de separación en favor del fideicomitente o del fideicomisario?

La solución de estas preguntas depende de la que se adopte respecto de la naturaleza y efectos del fideicomiso.

* Este estudio forma parte del libro que publicaré en breve con el título "El incidente de exclusión de bienes en la quiebra".

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

11') Situación jurídica que crea el fideicomiso en cuanto a la propiedad de los bienes.

Para determinar la naturaleza del fideicomiso vamos a partir de la exposición de la situación que el mismo crea: una persona (fideicomitente) destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado de cuya realización se encarga el fiduciario.

El fideicomisario (beneficiario del fideicomiso) tiene una serie de derechos que señala el art. 355 de la ley citada y entre ellos el de reivindicar los bienes, cuando por actos cometidos por el fiduciario en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que corresponden al mismo por virtud del acto constitutivo o de la ley, hayan salido del patrimonio objeto del mismo.

Estos bienes deben ser devueltos al fideicomitente o a sus herederos, una vez extinguido el fideicomiso (art. 358, ley cit.) y sobre ellos el fiduciario tiene todos los derechos y acciones que se requieran para su cumplimiento. (Art. 356.)

En esta situación, ¿quién es el dueño de los bienes?

El fideicomisario es evidente que no, puesto que al extinguirse el fideicomiso los bienes se devuelven al fideicomitente o a sus herederos (art. cit.) ¿Cómo, entonces, le corresponde la acción reivindicatoria, según el art. 355? Debe considerarse que esta acción reivindicatoria *no es una acción de reivindicación ordinaria,* porque como se verá después el fideicomisario no tiene el dominio de los bienes y porque la acción sólo se le concede para obtener la devolución no para sí, sino para el fiduciario. Además, la acción de reivindicación se concede al dueño desposeído contra el poseedor, pero en el caso que examinamos la acción no puede ejercitarse contra el fiduciario, sino contra el tercero adquirente en virtud de un acto del fiduciario que reúna las características que señala la ley (perjuicio y mala fe o exceso de facultades).

El fiduciario no tiene realmente las facultades ordinarias de un dueño: uso, disfrute, disposición, pues como antes hemos dicho sólo tiene aquellas atribuciones exigidas por el cumplimiento del fideicomiso (art. 351, párrafos 20 y 360), hasta el punto de que todo acto que realice fuera de dichos límites puede ser impugnado por el fideicomisario.

Estas consideraciones tienen que ser completadas.

El art. 352, L. Tít. y Op. Cr. señala claramente que el fideicomiso implica una translación de dominio (cesión de derechos o transmisión de dominio) en favor del fiduciario. Esta translación de dominio

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad cuando se trate de bienes inmuebles (art. 353, ley cit.) o hacerse con las formas de publicidad equivalentes a la inscripción, cuando se trate de muebles (notificación, endoso, endoso con registro, tradición) (art. 354, ley cit.)

La translación de dominio produce efectos frente a terceros, lo que quiere decir que *el fiduciario aparece como dueño.*

Este dominio tiene caracteres especiales. En efecto, el fiduciario no tiene el libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues estas facultades dominicales tienen las siguientes limitaciones:

1º Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar, y no en interés del fiduciario (arts. 346, y 351, párrafo 2).

2º El beneficio económico del fiduciario recae sobre el fideicomisario (art. 348, párrafo 1º)

3º El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales de establecimiento.

4º Los bienes deben volver al fideicomitente (art. 358) con excepción de los fideicomisos constituídos en favor de personas de orden público (corporaciones de derecho público) e instituciones de beneficencia.

Quiere decir todo esto que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación (arts. 346, 351 y 355) del cual es titular el fiduciario.

Así, éste 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.* Todo el complejo de relaciones entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario es *público y conocido por los terceros;* en cuanto la ley no sólo establece la publicidad del fideicomiso (arts. 352, 353 y 354) sino que prohibe los fideicomisos secretos, que serán nulos (art. 359). Esta afirmación tiene una enorme trascendencia que después analizaremos. En resumen, puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico; pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso.

III') Naturaleza jurídica del fideicomiso. Tradicionalmente se ha considerado el fideicomiso como un negocio jurídico cuya característica radica en la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. Para la consecución de un fin determinado se elige una forma jurídica que permite más de lo que es necesario para la realización de dicho fin. 2 Con otras palabras, el negocio fiduciario se caracteriza en que se elige por las partes una forma jurídica, cuyos efectos jurídicos les consta que exceden de los exigidos por el fin práctico

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

perseguido. [3] Respecto del fideicomiso regulado en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, tal afirmación no puede sostenerse, porque el fiduciario sólo recibe aquellas facultades exigidas por el fin para el que el fideicomiso se constituye. [4]

El fideicomiso mexicano es un *negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación legal de poder realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para cuya realización se constituye.*

El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, pero no por esto deja de ser dominio. [5]

Establecido esto podemos afirmar que el fideicomiso no es un acto jurídico simulado. Las partes que otorgan un contrato de fideicomiso quieren realmente el resultado, sin que haya acuerdo para hacer discrepar la voluntad real y la declarada, ni propósito de engañar a terceros. [6]

Respecto de las formas de la simulación, Ferrara [7] ha distinguido las tres a que se refiere el siguiente párrafo, que por lo sustancial vamos a copiar:

"La simulación, como hemos advertido ya, presenta distintas formas: o se simula la existencia del negocio, o su naturaleza, o las personas de los contratantes.

"1º Las partes se proponen producir la apariencia del acto que no quieren realmente. El acto es inexistente, ficticio, ilusorio. Se tiene sólo una mera apariencia, una vana sombra, un cuerpo sin alma, según la expresión de Baldo. (Simulación absoluta).

"2º Las partes realizan un acto real, aunque distinto de aquel que aparece exteriormente. El acto está escondido, celado, velado. Existe una ocultación de un negocio verdadero bajo una forma mentida. (Simulación relativa).

"3º Las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza; sólo quieren engañar acerca de la persona del verdadero contratante. En el negocio figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido, un testaferro. (Interposición)".

De lo dicho se deduce que la distinción del negocio fiduciario del simulado en absoluto es sencilla por faltar en éste todo intento jurídico serio, que se contrapone a la realidad y seriedad total de aquél.

Es mucho más complicada y difícil la distinción entre el negocio simulado relativamente y el fiduciario. Ferrara ha intentado establecer-

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

la sobre la base de que en el negocio simulado relativamente existen dos negocios, uno aparente y otro serio, de los que el primero sirve para enmascarar al segundo, mientras que en los negocios indirectos (entre los que se encuentran los fiduciarios) no hay sombra alguna de ficción.

Grassetti [8] ha insistido en que la diferencia exacta entre la simulación relativa y el negocio fiduciario descansa en que en aquélla se persigue un fin práctico típico, si bien propio de un negocio distinto del negocio aparente, mientras que en el negocio fiduciario se persigue un fin atípico. El negocio fiduciario se caracteriza no por estar dirigida la voluntad hacia un negocio de un tipo dado, pero persiguiendo un fin que no es el del negocio típico, sino que se trata de una voluntad dirigida a un efecto jurídico que es típico de una intención práctica que no tienen las partes. Con otras palabras: las partes quieren un cierto efecto jurídico, no por una causa que el ordenamiento jurídico relaciona normalmente con dicho fin, sino por una causa distinta que el ordenamiento jurídico no ha contemplado específicamente, [9] pero a lo que es ajeno el propósito de engañar a terceros.

Del mismo modo puede decirse que el fideicomiso no es acto jurídico *in fraudem legis,* [10] ni un acto aparente [11] ni puede asimilarse a un contrato innominado ni a un contrato mixto. [12] El fideicomiso es un acto jurídico indirecto, en cuanto que la transmisión de dominio, que es su base, no persigue la obtención de los resultados propios de la misma, sino otros cuya determinación depende de la voluntad de las partes, aunque la transmisión se quiera realmente.

IV') Régimen del fideicomiso en caso de quiebra.

Con las aclaraciones precedentes podemos intentar dar contestación a las preguntas formuladas al comienzo de este apartado.

A) *Quiebra del fideicomitente.* Como los bienes dados en fideicomiso no son ya propiedad del fideicomitente, la masa de la quiebra no tiene acción alguna para reclamar la integración de aquéllos.

Pudiera darse el caso de que el fideicomiso concluyera durante la quiebra del fideicomitente, y entonces sí tendría acción la quiebra de éste para pedir la integración de dichos bienes con fundamento en el artículo 358 de la L. Tít. y Op. de Cr.

Ni siquiera en el caso de ser revocable el fideicomiso podría la masa de la quiebra del fideicomitente ejercer el derecho de revocación.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Este es un derecho personalísimo del que no queda desposeído el quebrado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 962 y 970 C. Cº M. 13

Podrá el quebrado, si quiere, revocar el fideicomiso y provocar así la integración de los bienes correspondientes en la masa de su quiebra; pero ni la masa puede sustituir al quebrado en el ejercicio de este derecho ni menos aún puede obligar al quebrado a ejercerlo.

Por supuesto que la masa tiene el derecho de impugnar la constitución del fideicomiso haciendo uso de la acción pauliana a la que la ley hace expresa referencia en materia de fideicomiso (artículo 351, párrafo tercero, L. Tít. y Op. Cr.)

B) *Quiebra del fideicomisario*. Este es el beneficiario del fideicomiso. El fideicomitente puede serlo; el fiduciario, no (artículo 348, L. Tít. y Op. Cr.) La masa de la quiebra comprenderá los beneficios que se deriven del fideicomiso, a no ser que se trate de beneficios sobre los que pueda invocarse un motivo de inembargabilidad.

La masa de la quiebra del fideicomisario puede ejercer todos los derechos que en su favor constituyó el fideicomiso, más los que por ley le corresponden, y entre ellos la acción reivindicatoria que establece en su final el artículo 355 de la L. Tít. y Op. Cr.

Hemos dicho que esta acción no es de reivindicación. Lo reafirmamos con las siguientes consideraciones:

1ª No se concede al dueño.

2ª Sólo funciona en los casos y en las hipótesis especiales a que se refiere el artículo 355 (perjuicio del beneficiario y mala fe o exceso de facultades del fiduciario).

3ª No persigue la devolución de los bienes en favor del fideicomisario sino su reintegración al fiduciario.

Se trata de una acción con fundamento obligacional y con efectos reales. Podría verse en ella una acción *reivindicatoria útil*.

Lo que sí puede afirmarse es su fuerza separatoria frente a terceros, y aun en caso de quiebra del que hubiese adquirido los bienes de que hablamos, con fundamento en el artículo 998 C. Cº M.

En el caso de que el fideicomisario sea el propio fideicomitente, los derechos de sus acreedores se limitan a los que puedan ejercerse sobre los productos del patrimonio en fideicomiso. 14

C') *Quiebra del fiduciario*. El caso más importante y controvertido es el de la quiebra del fiduciario.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Veamos en qué términos se expresan sobre este punto las más autorizadas opiniones.

Brunetti 15 es el autor que se ha expresado con más claridad sobre el particular, por eso reproducimos lo que dice: "La atribución fiduciaria como negocio verdadero y efectivamente querido puede consistir: a) en una transmisión de propiedad, b) en la cesión o transferencia de determinados derechos reales, c) en la cesión de un crédito o de un derecho inmaterial. Su finalidad puede ser la de sustraer a los acreedores del enajenante un bien que por sí es objeto de responsabilidad patrimonial (artículo 1,949 C. Civ.), pero también la de hacer posible la adquisición o el ejercicio de un derecho por tercera persona, como sería el caso de cesión de un crédito para su cobro.

"Los efectos reales del negocio fiduciario son los normales del negocio cuya forma asume; el fiduciario se convierte en propietario de la cosa transferida (o del crédito) y como tal queda investido del poder de disponer, esto es, como titular, de enajenarla o de imponerle gravámenes. Si por la relación interna que existe entre fiduciante y fiduciario este último será responsable de la enajenación o del gravamen hechos en violación del pacto, sin embargo, en relación con terceros la enajenación será validísima, pues el pacto no concierne más que a los contratantes. La posesión del fiduciario frente a terceros no está influenciada por el pacto interno, por lo que, del mismo modo que los acreedores del fiduciario tienen por común garantía su patrimonio, con los bienes que han sido transferidos a éste *(sub pacto fiduciae)* no pueden contar los acreedores del fiduciante. Con otras palabras, el negocio translativo, que no es en absoluto aparente, produce los efectos normales de que es susceptible, y la violación del pacto de fiducia implica la responsabilidad del fiduciario, pero sin efectos reales sobre los bienes ya transferidos. En la quiebra el negocio fiduciario puede producir consecuencias reelevantes, en el sentido que la propiedad transferida con este fin quede comprendida en la masa activa del fiduciario sin que él tenga modo de reivindicarla. Sin embargo, en el caso inverso del fiduciante, las transmisiones efectuadas en su perjuicio, podrán ser impugnadas por el síndico con la acción revocatoria ordinaria (1,235 C. C., 708 C. C.) o bien con la concursal si se ha realizado en el período sospechoso (709, nº 1, C. C.)

"Tal acción tiene por presupuesta la preexistencia de una verdadera enajenación a título oneroso, efectuada por el deudor común en

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

el período en que está prohibida toda enajenación patrimonial por su parte.

Por el contrario, si el negocio aunque fiduciario, fuese simulado (en vía absoluta), la acción que competería al síndico frente al comprador simulado sería de nulidad del contrato, porque, mientras la fiducia dé existencia a un contrato verdadero, la simulación crea sólo una apariencia; esto es, *la inexistencia jurídica;* legítima por ello la acción de nulidad.

"Por estas obvias consideraciones no se puede conceder al fiduciante derecho alguno de separación en la quiebra del fiduciario sin que valga referirse a los artículos 802 y 803 previstos, que se refieren a contratos en los que la fiducia es un elemento natural del negocio (mandato o depósito). Si la transmisión, por ejemplo, sí se ha hecho a título de mandato, falta evidentemente el elemento específico de la fiducia, en cuanto la causa específica del mandato está en que el mandatario adquiere no para sí sino para *el mandante,* mientras en la transmisión *sub pacto fiduciae* el adquirente adquiere *por sí.* Los artículos 802, 803, bien se comprende admiten el derecho de separación en aquellos casos en que por la misma índole del negocio no se ha realizado ninguna transmisión de propiedad".

Esta opinión es la sostenida generalmente. [16] Así opinan Ferrara, [17] Cariota Ferrara, [18] Rubino, [19] Jaeger, [20] Goltz, [21] Lang, [22] Werthauer [23] y Hellwig. [24]

Como se advierte, la esencia de estas tesis, válidas en derecho italiano y francés, consiste en afirmar que dada la plenitud de la translación de dominio hecha al fiduciario, la quiebra de éste determina la inclusión de los bienes que posee en fideicomiso en la masa de la quiebra, como resultado de su dominio y de las exigencias de la protección del tráfico jurídico.

Esta posición no es indiscutida. Buen número de autores de primera fila están contra ella por razones muy estimables y diversas.

Kohler se opone a la no separación por razones de equidad y por entender que la separación de los bienes en fideicomiso de la masa de la quiebra del fiduciario es una exigencia de la intención que las partes tenían, que no era la de transmitir el dominio sino la de conseguir con el conjunto de la operación los efectos económicos del mandato. [25]

Enneccerus [26] concede la separación sobre la base de una acción de enriquecimiento injusto que podría alegar el fideicomitente contra el fiduciario.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Del mismo modo opinan Regelsberger, [27] que antes defendía la opinión contraria, [28] Demburg, [29] Crome, [30] Stammler [31] y Cosack. [32]

Entre los autores italianos son muchos los que admiten el derecho del fideicomitente para obtener la separación, de los bienes que dió el fideicomiso, de la quiebra del fiduciario, si bien se apoyan en la interpretación de los arts. 802-803 del C. Cº cit. [33]

Entre otros podemos citar a Ziino, [34] Bonelli, [35] Ascarelli [36] y Messina. [37] [38]

Si hemos expuesto los argumentos anteriores ha sido con una doble intención: la de expresar el estado de la doctrina sobre tan controvertida materia y la de presentar una serie de argumentos que para nosotros van a tener un valor de refuerzo, ya que en el ámbito del ordenamiento mexicano tenemos argumentos distintos por completo.

En derecho mexicano, el fideicomitente tiene acción para obtener la separación de los bienes en fideicomiso de la quiebra del fiduciario.

La razón fundamental es la siguiente: el fiduciario no es más que *propietario fiduciario* con las limitaciones y con el alcance que hemos establecido con anterioridad. La masa de la quiebra se integra (de derecho: masa de derecho, *Sollmasse*) con todos los bienes de pertenencia del quebrado, pero los bienes en fideicomiso no son pertenencia del quebrado, sino en cuanto ella sirve para el cumplimiento del fin a que se destinan. Este destino y esta propiedad limitada en cuanto a su alcance y en cuanto a su duración es pública y notoria, tanto por la publicidad derivada de la constitución del fideicomiso como del hecho de poder ser fiduciario sólo una institución fiduciaria.

Los terceros contratantes con una institución de esta clase saben que se trata de una institución fiduciaria, y que como tal dispone, dentro de ciertos límites, de propiedades que sólo le pertenecen fiduciariamente. Esta publicidad tiene la enorme trascendencia de que nadie puede llamarse a engaño. Es cierto que el deudor responde con *todos sus bienes* de sus obligaciones, pero los fiduciarios no son bienes suyos, en lo que se refiere a esta *función de responsabilidad.*

Si el fideicomiso es revocable y el fideicomitente lo revoca, su acción de separación es una acción reivindicatoria propia.

Si el fideicomiso no es revocable, o siéndolo no se revoca, el fideicomitente tendrá una acción de separación que se fundará en las fracciones IV y V del art. 999 C. Cº M.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La posición jurídica del fiduciario es semejante a la del que tiene bienes de administración (fr. IV) o en comisión de venta, compra o entrega. *Se trata de un crédito de restitución.*

No se diga que de este modo un patrimonio dado en fideicomiso queda a salvo de toda declaración de quiebra, ya que con arreglo a lo dicho no queda comprendido en la quiebra del fideicomitente ni en la del fiduciario ni en la del fideicomisario.

Es cierto esto último, pero no debe olvidarse que el patrimonio dado en fideicomiso como patrimonio separado es por sí susceptible de quiebra. 39

D). *Fideicomisos regulares e irregulares.*

Todo lo dicho hasta este momento sobre el derecho mexicano es aplicable al fideicomiso regulado en la Ley de Tít. y Op. de Cr. que por este motivo constituye la hipótesis tipo o de *fideicomiso regular*. Pero las mismas razones jurídicas y sociales que impulsan la existencia del fideicomiso en países en los que esta institución no ha sido regulada, existen también en México. Sin duda que el *fideicomiso regular* atenúa la necesidad de acudir a otras formas, pero no las suprime en absoluto. Pongamos algunos ejemplos:

1º El dueño de un inmueble que lo cede en garantía a un acreedor suyo.

2º El titular de unas acciones que las presta a un amigo, para que constituya fianza con ellas, o para que concurra a una asamblea general de accionistas.

Y podríamos multiplicar estos ejemplos hasta el infinito. A estos fideicomisos constituídos sin la intervención de un *fiduciario* legalmente reconocido como tal, los llamamos *fideicomisos irregulares*.

La legalidad de estos fideicomisos sin institución fiduciaria parece incontrovertible. Sus efectos jurídicos son muy distintos de los que hemos atribuído al *fideicomiso regular mexicano*. Respecto del fideicomiso irregular puede afirmarse:

1º) Existe una translación plena de dominio.

2º) Frente a terceros el fiduciario es dueño sin limitaciones.

3º) En la esfera interna; en las relaciones entre fideicomitente y fiduciario éste está obligado a no hacer sino aquello exigido por la finalidad del fideicomiso.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

4º) Esta limitación obligacional interna es irrelevante frente a terceros.

5º) En caso de quiebra del fiduciario los bienes dados en fideicomiso integran de hecho y de derecho su masa. El fideicomitente tendrá la posición de un acreedor común. 40

NOTAS

1 MOLINA PASQUEL R., *Sobre algunos aspectos del fideicomiso*, Jus., IV, pag. 279 "El artículo 346 de la ley relativa no es propiamente una definición del fideicomiso, sino una explicación de los actos en que consiste". Véanse las definiciones que reproduce En nuestro concepto las operaciones del art. 90 L. Just Cr., *no son de fideicomiso*.

2 REGELSBERGER, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession. Archiv für die Civilistische Praxis*, LXIII, 1880, pág. 173. "Charakteristich ist für dasselbe das Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel. Zur Erreichung eines bestimmten Erfolges wird eine Rechtform gewahlt, welche mehr gewahrt, als zur Erzichung jenes Erfolges erfórderlich ist".

3 REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, 1893, 1, párrafo 141, pág. 518. "Das fiduziarische Geschäft kennzeichnet sich dadurch, dass von dem Parteien für ihren praktischen Zweck ein Rechtsgeschaft gewählt wird dessen rechtliche Wirkungen, wie Ihnen bewusst ist, uber jenen Zweck hinaugehen".

4 GRASSETTI, *Del negozio fiduziario e della sua ammisibilita nel nostro ordinamento giuridico*, en la *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, pág. 348, critica la anterior definición por considerarla más como una valoración que como una decisión que afecte a la esencia del problema, y además por ser defectuosa por exceso y por defecto.

5 Sobre el alcance y esencia del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico mexicano y sobre la significación de la expresión "modalidades de la propiedad" empleado en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, véase el interesante trabajo del licenciado JUAN LANDERRECHE OBREGON, Jus., V, pág. 183, y la bibliografía y ejecutorias que cita.

6 GRASSETTI, *ob. cit.*, pág. 364, dice: "Por negocio fiduciario entendemos una manifestación de voluntad en la que se atribuye a alguien una titularidad de derecho a nombre propio, pero en interés o también en interés del transmitente o de un tercero. La atribución es atípica, esto es no previsto específicamente por el ordenamiento jurídico, y en este sentido y sólo en él, es exacto decir que las partes persiguen un fin pare de ley. No hay desproporción entre medio y fin, en cuanto a la atribución patrimonial es indispensable para la consecución del fin práctico perseguido por las partes. Sin embargo, falta la homogeneidad entre la atribución y el fin en el sentido que es característico del poder

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

del fiduciario, una potestad de abuso, consiguiente a la estructura típica de los derechos reales, que no promete una distinción entre titularidad formal y titularidad económica, o fiduciaria, por lo que quien recibe la titularidad del derecho recibe también, necesariamente, el poder de disponer de él", en vía real —erga omnes— incluso más allá o contra el fin".

7 FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos* (actos y contratos). Traducción de la 5ª edición italiana, Madrid. Revista de Derecho Privado, 1931, pág. 61, define así los elementos de la simulación: "En la simulación, pues, los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto, que no llevan a cabo realmente, o no en aquella forma visible de que sirven como instrumento para engañar a los terceros.

"Los requisitos del negocio simulado son, por tanto, los tres siguientes:

"1º Una declaración deliberadamente disconforme con la intención.

"2º Concertada de acuerdo entre las partes.

"3º Para engañar a terceras personas.

"Lo más característico en el negocio simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración".

8 *Ob. cit.*, pág. 361.

9 *Ob. cit.*, pág. 362.

10 *Vid*, FERRARA, *ob. cit.* págs. 112 y sigts.

11 Idem., págs. 116 y sigts.

12 *Vid*. RUBINO, D., *Il negozio juridico indiretto*, Milán, 1937, págs. 45 y sigts.

13 Adviértase la similitud de situación con las donaciones. La jurisprudencia de la Suprema Corte sobre capacidad del quebrado ha establecido claramente que éste no deviene incapaz por la declaración de quiebra. Son especialmente interesantes por la claridad de exposición las siguientes ejecutorias. La de 27 de oct. 1937, CIA. AZUCARERA ALMADA, S. C. R., en liquidación, S. J. F. Tº 54, pág. 1,049; "La declaración de quiebra no implica una incapacidad abstracta del fallido, sino tan sólo una limitación a su capacidad"; la de 10 de septiembre de 1937, VILLA CORRAL, JOAQUIN, S. J. F. Tº 57, pág. 1.385; y la de 24 de febrero de 1937, GOMEZ LIGERO DE TAGLE, S. J. F., Tº 51, pág. 1,540. "Sólo le está prohibido al fallido administrar su patrimonio".

14 Véase MOLINA PASQUEL, *Sobre algunos aspectos del fideicomiso, loc. cit.*, págs. 281, 283.

15 Voz Fallimento en el Dizzionario prattico.

16 RUBINO DOMENICO, *Il negozio giuridico indiretto, Milano*, Giuffre, 1937, dice, pág. 134: "la più rigida dottrina, como logica conseguenza della generale configurazione del negozio, dá al fiduziante la semplice posizione di creditore chirografario".

17 *Ob cit.*, págs. 90 y sigts. "El negocio fiduciario produce la transferencia plena y absoluta del derecho: el fin limitado para el cual se realiza no limita jurídicamente la disposición. El fiduciario deviene propietario y acreedor respecto

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de todos y puede usar como crea el derecho adquirido" "en el caso de quiebra, la cosa transmitida fiduciariamente cae en la masa del concurso sin que al fiduciario corresponda derecho alguno de separación".

18 *I negozi fiduciari.*

19 *Ob. cit.*, pág. 136. "L'interesse del fiduciante, pág. 89 y sigts., pur tenendo conto del comune supervalore della cosa, non appare cosi prevalente da giustificare lo sforzo per una sua anormale tutela. A cio si aggiunga la incidenza nel rapporto degli interessi, dei rimanenti creditori, spesso non meno aprezziabili, e che comunque acrescono sensibilmente gli ostacoli alla rilevanza del motivo".

20 *Ob. cit*, Anm. 38-43. De la transmisión aparente hay que distinguir la transmisión fiduciaria; así si las partes convienen en realizar una transmisión cuyos efectos van más allá de la intención de las partes, como la transmisión de una cosa o cesión de un derecho, con el limitado fin de garantizar una prestación, o de administrarla, etc.... "Die Rechstürbertragung selbt entspricht dem ernsclichen Willen der Parteien; sie ist nicht simuliert oder braucht es doch nicht zu sein; sie erlangt Wirksamkeit, wenn nicht etwa ein gesetztlicher Nichtichkeits Grund vorliegt". El adquirente (Treuhänder) queda así colocado en situación de hacer valer el bien transmitido por sí mismo. Aunque frente al enajenante está obligado a disponer de él sólo en la medida que la relación de obligación le concede. Esta relación de obligación determina la finalidad de la disposición y las tareas del *Treuhänder*. ¿Qué sucedería si éste cae en concurso? "¿Está el fideicomitente autorizado para separar el bien dado en fideicomiso? ¿Corresponde a la quiebra del fideicomitente o del fiduciario? La investigación de estas cuestiones, si no quiere perderse en un mar sin límites, precisa una determinación de la zona de aplicación. Fideicomiso no es una idea jurídica unitaria, firmemente definida. No hay un "contrato típico *fiduciario*". El lenguaje comercial y el jurídico usan la expresión *Treuhand* y *fiduciario* (Treuhänder) en muy diversas ocasiones, que frecuentemente no presuponen ninguna transmisión. Nosotros hablamos aquí de comisiones (Anvertraüngen) en el sentido antes indicado, por consiguiente de apoderamientos (Zuwendungen mit zwecküberschreitender Rechtmacht); de una clase si el adquirente ha de utilizar el bien dado en beneficio propio; de otra si en provecho ajeno. En el primer caso se habla de fiducia interesada, en el segundo de fiducia gratuita. Aquélla tiene aplicación en la total transmisión en derechos, ésta en la transmisión en garantia. Comisiones (Anvertraungen) existen también mediante transmisión jurídica en materia de préstamos y comisiones. La consideración de su regulación jurídica especial cae fuera de nuestro estudio (Vid. Anm. 28, 49 y sigts.) Más adelante dice: Está fuera de discusión el derecho de saparación del fideicomitente en la quiebra del fiduciario, si la ocurrencia de una condición resolutoria produce la devolución del bien. "Das Reichsgericht erkennt den Aussonderanspruch das Treugebers auch bei unbedingten Treuhandverfügungen an". En la doctrina jurídica existe una viva división de opiniones. Por la afirmativa están la mayor parte de los escritores, aunque con muy diversos fundamentos.

Jaeger opina como sigue: "Erwebt der Treuhänder die ihm Ubertragene Sache zu vollen Eigentum, die ibm abyetretene Forderung zu vollen Gläubi-

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

gerrechts, dann gehören Sache und Forderung trotz aller schuldrechtlichen Bindungs des Rechtsträger an den Geschaftszweck unzweifelhaft zu seiner Konkursmasse".

"El principio de la separación de los bienes dados en fideicomiso, es irregular por lo que deeb ser interpretado restrictivamente". Por eso se justifica la opinión general de que sólo se pueden separar aquellos derivados *del patrimonto mismo del fideicomitente*. Si por consiguiente el deudor común como mediador silencioso, pone un objeto a propio nombre, pero por orden o cuenta ajena, no se dará separación.

21 GOLTZ, *Das fiduziarische Rechtsgeschaft*, Marburg, 1901, pág. 85.

22 LANG, *Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte (Archiv. für Civilistische Praxis*, Tº 63, pág. 336).

23 WERTHAUER, *Der fiduziarische Endossatar und die Einrede des Dolus Zeitschrift für das Privat und öffentliches*, Recht. XIII, pág. 658.

24 HELLWIG, *Uber Zulässigheit der Eigentumübertragung zur Sicherung einer Forderung. (Archiv für Civilistische Praxis*, Tº 64, pág. 392). Estos últimos cuatro autores citados por FERRARA, *ob. cit.*, pág. 93, nota 3.

25 KOHLER, *Ihering's Jahrbücher*, XVI, pág. 347 y sgts.

26 *Tratado* . . , I, pág. 345.

27 *Pandekten*, Leipzig, 1893 T. 141 y signt., pág. 519.

28 *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession. Archiv für Civilistische Praxis*, Tº 63, pág. 287.

29 *Pandekten*, 6ª edición, traducción italiana de Cicala. Torino, 1903, ss. 100.

30 CROME, *System des bürgerlichen Rechts*, I s 76.

31 STAMLER, *Recht der Schuldverhältnisse*, pág. 197.

32 *Lehrbuch des Handelsrecht*, pág. 304. Salvo a Enneccerus y a Cosack, cito de referencia a estos autores alemanes, por haberme sido imposible su consulta directa.

33 En contra de tal interpretación, vid. FERRARA, *ob. cit.*, pág. 93, nota y RUBINO, *ob. cit.*, pág. 135.

34 ZIINO, *ob. cit.*, págs. 17-18.

35 BONELLI, *ob. cit.*, I, nº 663.

36 *It Negozi indiretto, a le societa commerciali, Studii in onore de Cesare Vivante*, I, pág. 59, nota 3.

37 *Negozi fiduciari*, Milán, 1906, págs. 30 y sigts., 128 y sigts.

38 Entre los autores italianos que más recientemente se han ocupado del problema, figura GRASSETTI, pero su posición en cuanto a este problema es dudoso.

39 Vid. GUISAN, FRANCOIS, *La fiducia en derecho suizo*, traducción de José Ferrel, y prólogo de R. Molina Pasquel, Jus., V, págs. 1 y sigts. Así dice (pág. 11): " aunque el *trustee* esté considerado como propietario de derecho. *legal owner*, el trust no forma parte de su masa" . . "solamente si existe *breack*

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 7 y 8, México, 1940.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

of trust fraudulento, es decir, si no se encuentran los bienes ni su reinversión, el beneficiario es considerado como *acreedor ordinario*, sujeto al principio del dividendo. Véase también, CHARLEY DEL MARMOL, *ob. cit.*, pág. 258. Para el derecho americano consúltese también HENIKSMAN, *ob. cit.*, pág. 257. párrafo 65.

40 Sobre el fideicomiso pueden verse, además de los citados, los trabajos de LEPAULLE, *Rev. Gen. de Der. y Jurisprudencia. La naturaleza del Trust*, II, pág. 105; ESQUIVEL OBREGON. *Carácter legal de lo que la ley mexicana llama fideicomiso; Rev. Gen. de Der. y Jurisprudencia*, I. pág. 101; MOLINA PASQUEL, *Apunte sobre el aspecto fiscal del fideicomiso*, Jus., V. 447; y las obras de LEWIS y SCOTT, publicadas en 1939 (la primera de ellas en su 140 edición.

DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia