

LA ADOPCION DE INSTITUCIONES JURIDICAS AJENAS Y EL DERECHO COMPARADO. EL CASO ESPECIAL DEL FIDEICOMISO EN MEXICO

Rodolfo Batiza

La inspiración en instituciones de otros países a fin de mejorar las propias o llenar vacíos en el orden jurídico, salvo casos aislados de insularidad cultural o geográfica, se ha observado desde tiempos antiguos. Un conocido ejemplo es el de los decemviri legibus scribundis que, según la versión tradicional, viajaron a Atenas a mediados del siglo V a.J. para estudiar las leyes de Solón en la redacción de las Doce Tablas(1).

En épocas posteriores, los ejemplos de inspiración en modelos extranjeros existen en abundancia como puede observarse en el derecho público y en el privado. Entre muchos otros, pueden mencionarse en aquél las declaraciones de derechos del hombre, el sistema federal, el parlamentario, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, el ombudsman escandinavo, la representación proporcional y el juicio político; en el derecho privado, es suficiente recordar el patrimonio de familia, la responsabilidad sin culpa u objetiva, el abuso del derecho, la venta con reserva de dominio, la prenda sin desplazamiento, las sociedades de inversión y el fideicomiso.

En los ejemplos anteriores, el derecho comparado ha sido el instrumento indispensable para determinar la naturaleza y estructura jurídicas de la institución y, de especial interés, la forma en que funciona en la sociedad en que tuvo origen. A este respecto, la noción de "legislación comparada" que prevaleció en el siglo

(1) Parece ser que, más que a Atenas, los decenviros viajaron a la Magna Grecia en el sur de Italia. Véase WOLFF, Hans Julius: "Roman Law". A Historical Introduction", University of Oklahoma Press, 1951, pp. 60 y s.

XIX vino a ser substituida por una disciplina más amplia que estudiara no únicamente la legislación, fuente de primordial importancia pero sólo parcial, sino además la evolución histórica de las sociedades, la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina de los autores. En los países del common law, en particular, algunas de las instituciones más significativas no fueron desarrolladas por la legislación sino por la costumbre, que luego vendría a ser recogida por la jurisprudencia y, en ocasiones, por la ley.

Por eso, en lugar de "legislación comparada" hablamos ahora más bien de "derecho comparado". No es raro el caso en que esta disciplina tenga que ir más allá del derecho propiamente, recurriendo a otras como la economía y la sociología para una mejor comprensión del ambiente social en que ciertas instituciones jurídicas se desenvuelven. Por otra parte, el conocimiento de idiomas extranjeros es indispensable para una más cabal apreciación de las fuentes documentales y de la cultura respectiva. Por supuesto, pensamos en las condiciones ideales para la investigación que, por lo general, distan de corresponder a la realidad. De hecho, no es difícil encontrar ejemplos en que el legislador sólo disponía de una información limitada y superficial, y a veces incorrecta, de la institución que reglamentaba.

Entre las diversas instituciones del derecho privado inglés, hay una que ofrece un interesante y complejo panorama de antecedentes históricos, una evolución jurisprudencial de varios siglos, así como una literatura jurídica muy vasta, y que, además, es susceptible de una variedad casi infinita de aplicaciones prácticas. Por supuesto, nos referimos al trust. En gran parte por estas razones, su adopción en los países de tradición romanista presenta problemas técnicos considerables y dificultades especiales.

Aunque hemos examinado esos temas en otras ocasiones(2), no nos limitaremos en ésta a una simple repetición de lo que ya hemos dicho, sino que enfocaremos ciertos aspectos en forma más concentrada y algo diferente.

(2) Principalmente en nuestro libro "El Fideicomiso. Teoría y Práctica", 5a. ed., Editorial Jus, S.A. de C.V., México, 1991.

Recordemos que Inglaterra quedó sustraída a la "recepción" del derecho romano experimentada por los países de la Europa continental y que el common law, salvo por algunas influencias romanistas especiales, evolucionó en forma independiente. Es posible que en sus inicios como use, el trust haya recibido también algo de ese influjo, pues los cancilleres bajo cuya jurisdicción caían eran eclesiásticos y por ello conocedores del derecho canónico y del romano. El desenvolvimiento del trust a través de la jurisprudencia del tribunal de equidad, con escasa intervención legislativa, lo hacía poco accesible a los estudiosos de fuera por la dificultad en la consulta de repertorios judiciales, aparte del escollo adicional representado por la terminología jurídica del common law y de la equity. Por otra parte, como uno de los medios más eficaces para disponer de los bienes, el trust estaba íntimamente ligado al régimen jurídico de la propiedad que, en contraste con la simplicidad del sistema heredado del derecho romano, conservaba en el common law muchos vestigios del feudalismo.

Los problemas y dificultades para adoptar versiones romanistas modernas del trust son incuestionables. Sin embargo, en el caso de México, por las circunstancias especiales que examinaremos, ellos no tuvieron que afrontarse directamente. La implantación y evolución del fideicomiso en nuestro país como una versión particular del trust, se realizó en el curso de tres etapas que pueden distinguirse con claridad, en la siguiente forma:

En la primera etapa, el esfuerzo legislativo inicial se dirigió a implantar, más que el trust propiamente, las trust companies. En efecto, en el que hemos denominado "Proyecto Limantour", de 1905, redactado por el Lic. Vera Estañol, el fideicomiso no se regulaba como institución jurídica sino como operación bancaria.

La segunda etapa principia con la Convención Bancaria de 1924, en que se revive la idea de las compañías o instituciones "fideicomisarias" en el "Proyecto Creel" y en el "Proyecto Vera Estañol", así como en la ley bancaria de 1924; año y medio después, la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 definía al fideicomiso como un "mandato irrevocable", concepto tomado directamente de un proyecto de ley panameño, el del Dr. Alfaro, que lo había publicado en 1920.

Por último, la tercera etapa está representada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, que concibe al fideicomiso como un "patrimonio de afectación", según lo había propuesto el jurista francés Pierre Lepaulle.

Examinemos ahora los aspectos más salientes de cada una de las tres etapas descritas. El Proyecto Limantour fue enviado a la Cámara de Diputados en noviembre de 1905. Su explicación preliminar contenía, entre otras, las afirmaciones siguientes: "...no ha pasado inadvertida la falta de ciertas organizaciones que se denominan "trust companyes...""; "...las relaciones cada vez más estrechas entre nuestra vida comercial y la de los Estados Unidos de América, la afluencia de capitales de ese país hacia el nuestro para desarrollar toda clase de empresas, así como el adelanto y perfeccionamiento del sistema de transacciones en nuestra actividad general, han hecho sentir al Poder Público la necesidad de incorporar en nuestra legislación la institución que tan favorables resultados y tan incontables servicios presta en los Estados Unidos y en otros países(3).

Esa iniciativa de ley ni siquiera fue discutida, pero la simiente que había dejado no quedó estéril. Casi veinte años más tarde, en la Convención Bancaria de 1924, el Sr. Enrique C. Creel sometió un proyecto de ley sobre compañías bancarias de fideicomiso y ahorros. Explicó que, "...como autor del proyecto, se consideraba en el deber de dar algunos informes sobre el funcionamiento de esas compañías (trust and savings banks) en los Estados Unidos, refiriéndose más que a los textos de la ley, al procedimiento seguido en la práctica, a lo que él había visto y observado en aquel país durante nueve años(4)".

(3) Memoria de la Secretaría de Hacienda correspondiente al año económico de 1º de julio de 1905 a junio de 1906, Documento Núm. 180, México, Tipografía de la Oficina Impresora de Estampillas, Palacio Nacional, 1909, p. 325. El proyecto de ley también fue publicado en el Diario de los Debates de la Cámara de Diputados a la XXII Legislatura, 1er. período, 2º año, Imprenta de Ireneo Paz, tomo tercero, p. 265. El error ortográfico (o tipográfico) de la "y" en companyes fue corregido en el Diario de los Debates citado.

(4) Véase "Convención Bancaria de 1924", Publicaciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1924, pp. 135 y ss

La primera ley bancaria en que oficialmente se adoptó el fideicomiso en México fue la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 24 de diciembre de 1924 (D.O. del 16 de enero, 1925). En el informe de la Secretaría de Hacienda al Congreso de la Unión se aclaraba que, en el fondo, la ley seguía el sistema de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, pero que llenaba algunos de sus vacíos, o sea los bancos de depósito y los de fideicomiso, y que éstos se regirían por la ley especial que habría de expedirse(5)".

La inspiración inicial en las trust companies como instituciones fiduciarias se conservó en la legislación posterior, esto es, las leyes bancarias de 1926, 1932, 1941, 1982, 1984 y la vigente de 1990.

Por lo que se refiere a la segunda etapa del fideicomiso, recordemos que el jurista panameño Ricardo J. Alfaro publicó en 1920 un opúsculo intitulado "El Fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del derecho inglés(6)", en que proponía un proyecto que fue adoptado en su país como Ley 9a. de fecha 6 de enero de 1925. Obsérvese que, a diferencia de los proyectos y leyes mexicana, el Dr. Alfaro tenía como propósito regular al fideicomiso como institución jurídica, no como operación bancaria. Su proyecto tuvo una influencia de primera importancia en México, por ejemplo, en el que el Lic. Vera Estañol presentó a la Secretaría de Hacienda en marzo de 1926 sobre compañías fideicomisarias y de ahorro y en las dos leyes bancarias dictadas en ese año, cuyas disposiciones, en parte, fueron incorporadas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

(5) Esta fue la Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926 (D.O. del 17 de julio), cuyas disposiciones fueron incorporadas a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto del mismo año (D.O. del 29 de noviembre). Véase "Legislación Bancaria" Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Crédito, 1957, tomo II, pp. 26, 31.

(6) Imprenta Nacional Panamá, 1920

Por último, como antes lo indicamos, la tercera etapa del fideicomiso mexicano muestra la influencia del Dr. Lepaulle en su artículo "De la nature du trust", que apareció en 1927, y que fue traducido por el Lic. Pablo Macedo(7). A éste se encomendó la preparación de una nueva regulación del fideicomiso para formar parte de la legislación sobre títulos y operaciones de crédito que se proyectaba entonces. En las palabras del Lic. Macedo, "Mi estudio consistió en proponer el articulado de la ley de Títulos que habría de convertirse en el Título II, Capítulo V, "Del fideicomiso", que la Comisión antes señalada me hizo el honor de aceptar en sus términos, pero del que soy único autor y pleno responsable, especialmente en lo que a defectos puedan advertírsele(8)". El Lic. Macedo reconoció expresamente la influencia de Lepaulle en el concepto legal de fideicomiso que formuló, como se verá a continuación:

Siguiendo el método de comparación crítica de los textos que hemos empleado en otras investigaciones, veamos ahora, invirtiendo el orden cronológico, las fuentes específicas de algunas disposiciones de la ley substantiva:

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932:

Art. 351, pár. seg.- "Los bienes que se den en Fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan..."

Art. 354: "El Fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

I. Si se tratare de un crédito no

Lepaulle:

"La idea del patrimonio de afectación es fundamental en Lepaulle y pasó a serlo en la ley...(9)

Proyecto Vera Estañol de 1926:

Art. 16. "El fideicomiso sobre bienes muebles constituirá un gravamen real y producirá efectos para los terceros desde la fecha en que se llenaren los requisitos

(7) "La naturaleza del trust", Revista General de Derecho y Jurisprudencia. México, 1932, tomo tercero. El original en francés había aparecido en el Journal de Droit International, 54 Année, Juillet-Octobre, 1927.

(8) "El fideicomiso mexicano", en "Tratado teórico y práctico de los trusts" de Pierre LEPAULLE, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, p. XXV.

(9) *Ibidem*.

negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;

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

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

Art. 348, pár. ter. "Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario".

siguientes:

I. Si se tratare de un crédito nominativo o derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;

II. Si se tratare de un título a la orden, desde que hubiese sido endosado al fideicomisario, con anotación de estar sujeto a determinado fideicomiso;

III. Si se tratase de cosa corpórea o consistiere en papeles o en títulos o valores al portador, desde que estuviere en poder del fideicomisario".

Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926:

Art. 20. "Cuando hubiere dos o más fideicomisarios, su voluntad será expresada en la forma y términos establecidos en el título constitutivo, y a falta de disposición, se convocará a una junta en que las decisiones serán tomadas a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas"-

Art. 359, frac. I:
"Quedan prohibidos:
I. Los fideicomisos
secretos".

Ley de Bancos
de Fideicomiso de
1926:
Art. 8º "Se prohíben
los fideicomisos
secretos..."

Proyecto Alfaro de
1920:
Art. 6º "Son
prohibidos los
fideicomisos secretos".

La regulación legal del fideicomiso en la ley sustantiva de 1932, mezcla heterogénea de conceptos y disposiciones provenientes de Lepaulle, del Proyecto Alfaro, del Proyecto Vera Estañol y de las leyes bancarias de 1926, contenía deficiencias técnicas y lagunas, en que tal vez la más importante haya sido el haber privado al fideicomiso de una pieza esencial en su mecanismo sin la cual no es posible su funcionamiento adecuado, o sea su efecto traslativo de dominio. Esa deficiencia, que se había originado desde la legislación bancaria de 1926, fue enteramente intencional como podrá verse en seguida, en que las palabras en cursiva identifican la clave del problema:

Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926:

Art. 6°. "El fideicomiso propiamente dicho es 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 del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario".

Proyecto Alfaro de 1920:

Art. 1°. "El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario".

Conviene recordar que la Exposición de Motivos de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 reconocía el carácter experimental de la nueva figura, al indicar: "Es indudable que la ley expedida constituye solamente un ensayo para aclimatar entre nosotros una nueva institución y que, por tanto, habrá de transcurrir algún tiempo antes de que produzca sus plenos resultados, siendo de preverse, además, que haya necesidad de introducir en ella las reformas que la práctica vaya aconsejando(10)".

(10) "Legislación Bancaria", ob. cit. en la nota 5, pp. 109 y ss.

El legislador, evidentemente, no quiso exponerse al riesgo de introducir un nuevo derecho real, la "propiedad fiduciaria", propuesta por el Dr. Alfaro(11). En aquel entonces, tal concepto era incompatible con el que consagraba el Código Civil de 1884 en la forma unitaria tradicional y en sus desmembramientos limitados.

La ley substantiva de 1932 acentuó aún más esta debilidad conceptual de las leyes de 1926, al decir en su art. 346: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". En efecto, destinar es todavía menos que entregar. El nuevo Código Civil de 1928, que entró en vigor en 1932, no cambió en nada el sistema del Código de 84 en cuanto a la propiedad y sus desmembramientos, pero introducía la doctrina del abuso del derecho en materia de propiedad.

Fue a través de la actividad jurisprudencial y legislativa de los años subsecuentes como se vendría a corregir la deficiencia técnica señalada al reconocer el efecto traslativo de dominio que el fideicomiso produce(12).

(11) Ob. cit. en la nota 6. El Dr. Alfaro había tomado este concepto del Código Civil colombiano, que era el mismo en el Código Civil chileno de Dn. Andrés Bello, pero dándole una acepción que trascendía el régimen sucesorio para asimilarlo hasta donde era posible a la propiedad legal del trustee en el derecho inglés.

(12) Véanse las ejecutorias dictadas por la Suprema Corte en los siguientes amparos: Mexicana de Fideicomisos, Amparo civil en revisión N° 4298 de 1949, Sem. Jud. de la Fed., T. CIII, Vol. 2, pp. 1768-1773; Financiera de Construcciones, S.A., Amparo civil en revisión N° 4572 de 1948, Sem. Jud. de la Fed., T. CV, Vol. 3, pp. 2047-2057; Acosta Sierra Francisco, Amparo civil directo N° 2064 de 1952, Sem. Jud. de la Fed., T. CXVIII, Vol. 2, pp. 1082-1101; Fábrica de la Constancia, S.A., Amparo civil directo N° 6160 de 1954, fallado el 27 de abril de 1955. A las ejecutorias anteriores deben agregarse las dictadas en los Amparos Mojarro Débora José Refugio y Galindo Galarza Jesús. El Código Fiscal de la Federación reconoce la transmisión de propiedad realizada por el fideicomiso en el art. 14, frac. V, ines. a, b. El Reglamento de la Ley de Inversiones de 1973, fechado el 15 de mayo de 1989, utiliza la expresión "propiedad fiduciaria" en el art. 20, frac. IV, últ. pár.

De mayor trascendencia que la deficiencia referida, fue, sin duda, la fuerte oposición que se desató contra la adopción del fideicomiso en México como siendo incompatible no sólo con la tradición jurídica del país sino con la idiosincrasia nacional misma. Esa reacción hostil, ejemplificada por el Lic. Esquivel Obregón, sostenía la necesidad de establecer cortes de equidad para que la nueva institución funcionara. Con severidad evidente, él consideraba que en el estado de la cultura prevaleciente en el país dichas cortes serían destructivas por la existencia de las mentalidades india, mestiza y europea contaminada, no adaptadas sino en lo exterior y aparente a la cultura europea, y quizá en el fondo atávico enemigas de ella. Su conclusión era en el sentido de que el trust anglosajón sería una amenaza y los bancos de fideicomiso una engañifa y un disparate(13).

En la doctrina extranjera se han expresado también juicios negativos en cuanto a la aclimatación del trust a los sistemas romanistas. Para el Profesor Nussbaum, por ejemplo, el obstáculo principal era el representado por el régimen jurídico de la propiedad y de los bienes, pues en esos sistemas no existen "estates" ni "chattels real", y los "future interests" son más restringidos: los derechos in rem son pocos y sólo utilizables según formas rígidas, y aunque la "autonomía de la voluntad" se reconoce en los contratos, ese principio no existe con respecto a la propiedad. A juicio de este autor, la valiosa simplicidad del régimen de la propiedad de los sistemas romanistas se vería considerablemente disminuida por la adopción del trust, debiendo recordarse además que una nación puede pedir prestado un concepto jurídico, pero no puede pedir prestada una tradición de siglos(14).

- (13) ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio: "Carácter legal de lo que la ley bancaria llama fideicomiso". Revista General de Derecho y Jurisprudencia, México, 1930, tomo I, p. 608. La designación "fideicomiso", que el Lic. Esquivel Obregón también censuraba en la terminología "bancos de fideicomiso" de las leyes de 1926, como contraria a su significado tradicional tenía justificación, pero ha arraigado en los países hispanoamericanos que han legislado en la materia. Fuera de esos países, sin embargo, la situación es distinta. En el catálogo de una librería jurídica de Madrid, nuestro libro citado en la nota 2 está listado entre las obras que tratan de las sucesiones.
- (14) NUSSBAUM, Arthur: "Sociological and Comparative Aspects of the Trust", Columbia Law Review. Vol. XXXVIII, 1938.

Para Weiser, aparte de los problemas que plantean la propiedad legal y de equidad, que carecen de equivalentes en los sistemas continentales europeos, existe el del numerus clausus de los derechos reales. A esos problemas había que agregar dos "enemigos públicos" de la noción de trust en el Continente: las reglas contra la inalienabilidad de la propiedad y el llamado principio de publicidad. La razón principal en cuanto a aquellas, consistía en el deseo de preservar la vida económica y social libre de rigidez; con referencia al segundo principio, los sistemas jurídicos continentales exigen inscripciones en registros de inmuebles, y puede establecerse la regla general de que cualquier persona que actúe con base en lo que revele el registro será protegido por la ley. El trust choca con los requisitos específicos de publicidad que las leyes locales puedan contener y no encaja con facilidad en un rígido sistema registral, sobre todo en vista de que existen pocos tipos reconocidos de derechos susceptibles de inscripción(15).

Para Lepaulle, "Importar una institución jurídica en un país es, en efecto, una operación de las más delicadas y azarosas. Nunca se sabe si los jueces nacionales la aceptarán, y si lo hacen, en qué medida deformarán a la institución extranjera(16)".

Los argumentos anteriores, a primera vista, tienen una fuerza innegable. Sin embargo, un análisis más detenido revela que las barreras señaladas no son tan insoslayables como parecen en la adopción legislativa del fideicomiso en los sistemas romanistas. Los tribunales de equidad no constituyen un requisito previo para ello, a pesar de que haya sido la Cancillería en Inglaterra a la que se deba el desarrollo de uses y trusts en el curso de varios siglos. Las propiedades legal y de equidad, consecuencia de la dualidad jurisdiccional de tribunales, de derecho estricto (common law) y de equidad (equity), tampoco representan una dificultad insoluble puesto que aún en un sistema unitario de tribunales es posible concebir la escisión del derecho de propiedad de modo que atribuya a una persona la

(15) Weiser, Félix: "Trusts on the Continent of Europe", sweet & Maxwell, Londres, 1936, pp. 8 y ss.

(16) LEPAULLE, Pierre: "Traité théorique et pratique des trusts en Droit Fiscal et en Droit International", Rousseau et. Cie., Paris, 1932, p. 15.

administración de ciertos bienes y su provecho económico a otra, incluso si ello significa la creación de un nuevo derecho real y uno de crédito. No hay por qué aceptar el numerus clausus de los derechos reales como si fuera un dogma inmutable.

Es verdad que el régimen jurídico de la propiedad y de los bienes en el sistema del common law, así como los vestigios feudales que conserva, ofrecen un marcado contraste con la simplicidad y claridad heredadas del derecho romano y consagrada por la Revolución al liquidar el feudalismo en Francia.

El common law distingue entre freehold estates y estates less than freehold. El fee simple y el fee tail pertenecen la primera categoría, y los estates for life y for years a la segunda. El common law también reconoce varios future interests que pueden establecerse mediante un trust, a saber: reversion, remainder, possibility of reverter y power of termination, entre los principales, y que pueden ser vested o contingent(17).

Si consideramos que el trust, en esencia, es un medio para transmitir la propiedad sobre una cosa, su adopción en los sistemas romanistas de ningún modo exige que con él también se adopte el régimen de la propiedad del common law. Aún cuando dichos sistemas carezcan de equivalentes exactos de conceptos como legal title, equitable ownership y los future interests específicos antes enumerados, es posible encontrar en los Códigos Civiles sus equivalentes aproximados.

(17) La definición de estos tecnicismos se encuentra en cualquiera de las enciclopedias y diccionarios jurídicos ingleses y americanos, pero la exposición sistemática de esta rama del derecho corresponde a la doctrina. Pueden consultarse, entre otras, las obras siguientes: CHESHIRE, G.C.: "The Modern Law of Real Property", Butterworth & Co. Ltd., 7a. ed., Londres, 1954; MOYNIHAN, Cornelius I.: "A Preliminary Survey of the Law of Real Property", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1940. No hay ningún diccionario realmente bueno inglés-español, español-inglés, sin duda por la insoluble dificultad de encontrar expresiones equivalentes, debido en gran medida a la divergencia histórica en el desarrollo del common law y de los sistemas romanistas, con diferentes estructuras y terminología. Nuestra preciada palabra "amparo" es intraducible, y lo mismo puede decirse de "estoppel". Los ejemplos pueden multiplicarse. Por buenas que sean, las explicaciones no suplen la falta de términos exactos.

Para demostrarlo, examinemos más de cerca algunos de los términos jurídicos que hemos mencionado. En los freehold estates, que definen la naturaleza y extensión del interés o derecho que una persona pueda tener sobre bienes inmuebles, quedan comprendidos, como ya lo indicamos, el fee simple y el fee tail. Fee deriva de feud, fief que, a su vez, provienen de feudum; fee tail es la corrupción anglonormanda de feudum talliatum. En su significado moderno, el fee simple equivale al concepto romanista del derecho de propiedad. El fee tail, si se establece a favor de los herederos varones sucesivamente, representa una de las formas vinculatorias de la propiedad raíz, semejante a los antiguos mayorazgos del derecho español.

Los estates less than freehold tienen analogía con el usufructo en sus diversas modalidades: sucesivo, vitalicio, condicional y a término; el usufructo puede constituirse por testamento o por contrato. Los arts. 982 y 983 del Código Civil muestran esa analogía(18). Aún cuando las palabras "reversión" y "remanente" no se emplean en nuestra terminología jurídica son perfectamente castizas, y como sus equivalentes en inglés, de claro origen latino. Vested y contingent equivalen a nuestros "derechos adquiridos" y "expectativas de derechos".

Por lo que se refiere al problema de la inscripción, aunque el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal rehusó hacerla en un principio en relación con los fideicomisos en que se pactaba la transmisión de los bienes a la institución fiduciaria, más tarde modificó su actitud. A partir del Reglamento de 1940, se autorizó su inscripción en la Sección Primera. Este sistema se ha mantenido hasta llegar al Reglamento de 1988 vigente, que trata la cuestión en mayor detalle.

Dos de los autores que hemos citado, que veían con escepticismo la adopción del trust en los sistemas romanistas, no llegaban sin embargo al extremo de

(18) En el art. 982 es posible distinguir un remanente o remanentes a favor del o de los futuros usufructuarios, y el particular estate que corresponde al usufructuario actual: "Puede constituirse el usufructo a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente". En el art. 983 existe una reversión a favor de la persona que haya constituido el usufructo: "Si se constituye a favor de varias personas simultáneamente, sea por herencia, sea por contrato, cesando el derecho de una de las personas, pasará al propietario, salvo que al constituirse el usufructo se hubiese dispuesto que acrezca a los otros usufructuarios".

considerarla imposible. Uno de ellos, Lepaulle, indicó lo siguiente: "En efecto, si el trust fuera debido realmente a la idiosincrasia única de un sistema jurídico, sería prisionero de ese sistema y no tendría nunca sino un valor local; pero, de hecho, vemos que diversos países que sin tener, felizmente, nada parecido a la distinción entre common law y equity, no han encontrado dificultad alguna para aclimatar el trust en ellos. Este es, por ejemplo, el caso de la Provincia de Quebec que sigue piadosamente la Coutume de París, de la Luisiana y de la República de Panamá, que han hecho del Código Napoleón la espina dorsal de su derecho, y de Puerto Rico, que debe a España su patrimonio jurídico(19).

El otro autor, Weiser, se expresó en esta forma: "Según son las cosas, Liechtenstein al menos ha probado --si en realidad ello exigiera alguna prueba-- que no está más allá del poder del legislador, si así lo quiere, injertar en un derecho continental una institución modelada en el patrón del trust, que se le acerca muchísimo funcionalmente, si no técnicamente(20)".

La excepcional flexibilidad del trust, se debe a que, en contraste con los contratos tradicionales que sólo pueden utilizarse para su finalidad específica (salvo casos de empleo indirecto como la venta o la donación para simular insolvencia), las finalidades que por medio del trust pueden lograrse son prácticamente infinitas. De ahí que el Profesor Scott observara que "los fines para los cuales puede emplearse son tan ilimitados como pueda serlo la imaginación de los abogados(21)". En este aspecto, el trust funciona en forma semejante a la de los

(19) Ob. cit. en la nota 16, p. 2.

(20) Ob. cit. en la nota 15, pp. 53 y ss.

(21) SCOTT, Austin Wakeman: "The Law of Trusts", Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 3a. ed., 1967, tomo I, p. 4..

negocios jurídicos abstractos desvinculados de una causa, como la mancipatio romana(22), pero su amplitud es incomparablemente mayor al no estar circunscrito al derecho de familia y al sucesorio.

Reflexionando ahora sobre las circunstancias que rodearon la adopción del fideicomiso en México como institución substantiva hace más de sesenta años y que hemos recordado en páginas anteriores, podrá advertirse que, en términos generales, no existía un conocimiento directo del trust, ya fuera del inglés o del americano. A diferencia del constitucionalismo americano, que había tenido influencia en México desde la Constitución federalista de 1824, el common law era desconocido y en el país dominaba el prestigio de la doctrina francesa en el derecho privado, aunque ya empezaba a sentirse el de la italiana, sobre todo en el derecho mercantil.

Entre los contados abogados que en México conocían el trust en la década de los años veinte, figuraba en forma destacada el Lic. Esquivel Obregón, pero él, precisamente, se había declarado enemigo de su implantación. El conocimiento de la institución angloamericana llegó al legislador de segunda mano, primero a través del estudio del Dr. Alfaro, si bien es de observarse que la bibliografía que ahí citaba era más bien escasa(23), y que su concepto del fideicomiso como "mandato

-
- (22) La venta "por el cobre y la balanza" (per aes et libram) celebrada ante cinco testigos y el libripens, originada en una época en que no existía la moneda acuñada en Roma. De una venta solemne de res mancipi, se transformó, a través de la interpretatio, en el acto jurídico utilizado para emancipar hijos de familia, poner a la mujer bajo la potestad marital (coemptio) y hacer testamento. Véase "Leage's Roman Private Law", 3a. ed. a cargo de PRICHARD, A.M., Mac Millan & Co., Ltd., Londres, 1961, pp. 38 y s. Los títulos de crédito ofrecen otro ejemplo de "abstracción jurídica". Un cheque puede darse como pago de cualquier adeudo u otra prestación, incluso ilícita, ya que su texto no revela el negocio subyacente. Al enumerar las once excepciones y defensas que pueden oponerse a las acciones derivadas de un título de crédito, la ley de la materia menciona en último lugar las personales que el demandado tenga contra el actor (art. 8º, frac. XI) En un artículo publicado hace muchos años, examinamos los negocios jurídicos abstractos, los aparentes, indirectos y simbólicos. Véase "Notas sobre la naturaleza de las ficciones legales en los derechos romano e inglés", Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, UNAM, año XVII, Enero-Abril de 1964, Núm. 49
- (23) Las obras citadas eran las siguientes: CLARK: "Element. Law"; WILLIAMS: "On pers. prop.; On real prop."; "Cyclopedia of Law and Procedure", y CONANT: "Trust Company", artículo en la Enciclopedia Británica, T. XXVII.

irrevocable" fuera jurídicamente deficiente. Aún así, su proyecto representaba un esfuerzo loable al haber iniciado el movimiento de adopción en el Hemisferio(24). En cuanto a la inspiración proveniente del Dr. Lepaulle, es incuestionable que este jurista poseía amplios conocimientos acerca del trust, adquiridos sin duda durante su doctorado en la Facultad de Derecho de Harvard. Sin embargo, su teoría del "patrimonio de afectación" para explicar al trust debía más a la doctrina alemana de los patrimonios sin dueño (inspirada en parte en la hereditas jacens del derecho romano) que a la angloamericana, en que nadie discute que la propiedad legal corresponde al trustee y la de equidad al beneficiario.

La cautela del legislador de 1926 al reconocer el carácter experimental del fideicomiso, revelaba un sentido realista. Su desenvolvimiento paulatino se dejó a la práctica jurídica y bancaria. Los primeros fideicomisos empezaron a celebrarse

(24) La primera propuesta para adoptar el trust en un sistema romanista, hasta donde hemos podido investigar esta cuestión, se hizo en Holanda en 1896 mediante reforma al Código Civil. Véase VAN HALL, Floris: "Trust". J.H. de Bussy, Amsterdam, 1896.

en 1930, durante la vigencia de la segunda ley de 1926; poco más de diez años después la Suprema Corte dictó la primera ejecutoria en materia de fideicomiso: más adelante, la Comisión Nacional Bancaria, el Banco de México y la Secretaría de Hacienda iniciaron la expedición de circulares sobre diversas cuestiones en la actividad fiduciaria; finalmente, estudios doctrinarios, especialmente acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso, hicieron su aparición⁽²⁵⁾.

(25) Nuestra inferencia de que los primeros fideicomisos datan de 1930 se basa en los datos de los libros del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal, pero debemos aclarar que los bienes afectos eran inmuebles. Es posible que hayan podido celebrarse fideicomisos con anterioridad sobre bienes muebles, que no requerían registro.

El primer Amparo fue el administrativo en revisión N° 210 de 1937, Sec. 2ª Cía. limitada del Ferrocarril Mexicano, Sem. Jud. de la Fed., T. LII. Vol. 30, pp. 2317-2325. La Suprema Corte sostuvo en este amparo que aún cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, el fiduciario sólo tiene funciones de mero administrador. Esta posición fue desechada posteriormente en las ejecutorias citadas en la nota 12.

Las autoridades supervisoras de la actividad fiduciaria han suprimido en ocasiones prácticas irregulares y poco sanas, como en los "fideicomisos de inversión" en que ésta consistía en préstamos y en que los departamentos fiduciarios de las instituciones duplicaban indebidamente las funciones de su departamento de crédito, dando origen a situaciones peligrosas, como es de verse en el oficio No. 101-801 de 4 de junio de 1951 que la Secretaría de Hacienda dirigió a la Comisión Nacional Bancaria, y que condujo más adelante al decreto de 29 de diciembre de 1956 que reformó el art. 46, frac. II, párs. primero a cuarto, de la ley bancaria de 1941, antecedente del art. 106, frac. XIX de la Ley de Instituciones de Crédito de 1990 en vigor. Por otra parte, las autoridades supervisoras no sólo han tolerado sino que han autorizado la práctica ilegal de contratos de fideicomiso que contienen disposiciones de última voluntad, claramente en violación de los preceptos del Código Civil relativos a las formalidades de los testamentos. Como parece ser que esta práctica está muy generalizada, sería preferible reformar dicho Código y permitir el fideicomiso contractual-testamentario, híbrido jurídico que no existe en nuestro sistema legal.

En cuanto a los primeros estudios doctrinarios, tampoco reflejaban un conocimiento directo del trust basado en bibliografía angloamericana. Entre las principales obras de consulta, aparte de la de LEPAULLE, figuraba la de FRANCESCHELLI, Remo: "Il Trust nel Diritto Inglese", Padua, Cedam, 1937, y varias monografías de autores italianos como CARIOTA FERRARA y otros, sobre los negocios fiduciarios. Hay que hacer una excepción a lo que hemos afirmado en el caso del Lic. Oscar RABASA, autor del libro "El Derecho Angloamericano. Estudio Comparativo y Expositivo del Common Law"; Fondo de Cultura Económica, México, 1944. quién había estudiado derecho en Estados Unidos.

Aunque incompleta y poco satisfactoria, la regulación substantiva del fideicomiso en la legislación de 1932 no obstante ha permitido que la institución funcione razonablemente bien y que la práctica contractual, la jurisprudencia de la Suprema Corte y las directrices de las autoridades supervisoras, hayan venido llenando las lagunas legales. La doctrina, por su parte, ha contribuido al esclarecimiento de diversos puntos oscuros o poco conocidos. Después de más de medio siglo de evolución, quizá ya sea tiempo de pensar en una nueva regulación legislativa más completa que incorpore las experiencias y enseñanzas que se han acumulado en ese lapso. Por otra parte, no hay que olvidar que nuestro venerable Código de Comercio sigue funcionando después de algo más de un siglo, ayudado tan sólo con los parches que se le han puesto cuando era necesario modernizarlo en ciertos aspectos, como en materia de sociedades y títulos de crédito.

A pesar de sus deficiencias, el fideicomiso comparte con el trust una flexibilidad excepcional que lo ha hecho el contrato predilecto en una multiplicidad de situaciones como lo demuestran las siguientes variedades que tiene en México: de inversión, administración, garantía, voto, seguros de vida, planes de pensiones y jubilaciones, tiempo compartido, cuentas maestras, inmigrantes rentistas, sociedades de autores, fondos de ahorro, vendedores de lotería, fraccionamientos y lotificaciones, en zona restringida (antes prohibida), para aliviar desastres naturales como movimientos telúricos, ciclones, inundaciones, desbordamientos, turbonadas y lluvias excesivas, para fines culturales y de beneficencia en que la modalidad del comité técnico lo hace sin comparación más ágil que los patronatos tradicionales, y en el reciente proceso de reprivatización de la banca se recurrió a fideicomisos de adhesión con fideicomitentes "participantes" que se sumaban a ellos posteriormente para reunir los cuantiosos capitales requeridos.

Desde hace muchos años, el Gobierno Federal ha constituido numerosos fideicomisos como una forma eficaz de descentralización administrativa para el desarrollo, entre otras, de las siguientes actividades: turismo, exportación, pesca, equipamiento, editoriales, consumo popular, industria, ganadería, agro y auxilio a

damnificados víctimas de casos fortuitos y fuerza mayor⁽²⁶⁾. Conforme a la ley de la materia, los fideicomisos del Gobierno Federal son parte integrante de la administración pública paraestatal; ciertos funcionarios públicos, para evitar posibles conflictos de interés, deben constituir los fideicomisos que la ley señala en la inversión de determinados valores. El valor total de la inversión representada por los fideicomisos públicos y los privados alcanza cifras impresionantes.

En la Exposición de Motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 se hacían algunas afirmaciones acerca del futuro del fideicomiso en nuestro país: "...su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medio y formas de trabajo de nuestra economía...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".

Después de los años transcurridos desde entonces, puede afirmarse con certidumbre que la realidad ha excedido con creces esas predicciones del legislador.

(26) Muchos de esos fideicomisos aparecen entre los 208 enumerados en la lista fechada el 5 de octubre de 1979 (D.O. del 11) que contiene los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, empresas de participación estatal minoritaria y fideicomisos, inscritos en el Registro de la Administración Pública Paraestatal que lleva la Secretaría de Programación y Presupuesto. Muchos de esos fideicomisos han sido extinguidos.