

UNA DEFINICIÓN DE FIDEICOMISO

Por el Lic. Jorge SERRANO TRASVINA

Después de examinar —en forma breve y sintética— y rechazar varias teorías que explican el fideicomiso, el licenciado Adrián Lajous define el propio negocio diciendo que es “relación de sustitución provisional de personas para dedicar un patrimonio a un fin lícito y específico”.¹

Lajous asegura —y en ello si parece estar de acuerdo con toda la doctrina— que *trust* y fideicomiso son esencialmente la misma cosa.²

Entre ambos negocios existe sólo la diferencia que el mismo autor pone de relieve manifestando que en el *trust* cualquier persona puede ser fiduciario —*trustee*—; situación que, en cambio, no se presenta en nuestro derecho, el cual limita la actividad fiduciaria a ciertas instituciones especiales.³

La divergencia, sin embargo, no resulta esencial por lo que hace a la estructura de los negocios referidos y ambos pueden identificarse en sus elementos íntimos.

Para llegar a su definición, el autor se fija un método que lo hará —explica— llegar a la médula del fideicomiso. Dicho método es abstracción e implica la eliminación de las distintas facetas, aspectos y atributos del negocio hasta encontrar “el elemento esencial que es común a todo

1 *Las Operaciones de Crédito*. Tesis para alcanzar el grado de Doctor en Derecho y, a la vez, proyecto de exposición de la Cátedra correspondiente al segundo curso de Derecho Mercantil en la Escuela de Jurisprudencia. México, 1952, p. 193.

2 *Op. cit.*, p. 181.

3 *Op. cit.*, p. 151.

fideicomiso, irrespectivamente (*sic*) de la multitud de diferentes modalidades que puede adoptar cada negocio individual".⁴

Si el proceso de abstracción —continúa Lajous— llega a acentuarse tanto que la nota esencial descubierta para el fideicomiso fuera común a otros negocios, resultará indispensable añadir atributos a la propia nota hasta que se descubra el fideicomiso en sí mismo, diferenciado de otros negocios del mismo género.

Este método parece ser el indicado para la finalidad propuesta. Lajous, sin embargo, no lo utiliza y con su mera explicación lo da por aplicado. Luego, en forma inmediata y sin labor previa alguna, afirma:

“Después de concluir el proceso depurativo o de abstracción nos permitimos proponer que todo fideicomiso es una relación provisional de sustitución de personas. Sin embargo, esta definición es válida para muchos otros negocios jurídicos que, por tanto, tendremos que considerar como especies de un mismo género. Caben dentro de ella, por señalar sólo los que nos vienen a la mente: *el trust*, el negocio fiduciario, el mandato, la gestión de negocios, la representación general, la tutoría, algunas asociaciones en participación, el depósito, la hipoteca de derecho anglosajón, la obligación legataria del heredero, la subrogación automática del fiador, el embargo. Todos los casos antes apuntados podemos decir que consisten, fundamentalmente, en una relación de sustitución provisional de personas. ¿Qué datos adicionales debemos agregar a nuestra definición para diferenciar al fideicomiso de estos otros negocios? Proponemos que basta agregar que dicha relación tiene por objeto destinar un patrimonio a un fin lícito determinado. Creemos que saldría sobrando agregar que la persona que realiza la sustitución debe ser una institución de crédito debidamente autorizada por las autoridades hacendarias. Si bien este elemento es formalmente esencial en nuestro derecho, no es intrínsecamente parte del meollo de la operación. Agregarlo sería ir a caer en una descripción más que en una definición medular. Así, pues, proponemos como definición medular del negocio que nos ocupa: “El fideicomiso es una relación de sustitución provisional de personas para dedicar un patrimonio a un fin lícito y específico”.⁵

Ahora bien, como el autor soslayó el método que él mismo fijara, intentaremos seguirlo para verificar el valor de su definición.

4 *Op. cit.*, p. 191.

5 *Op. cit.*, pp. 191, 192 y 193.

No quiere Lajous —y en ello resulta lógico— seguir el método descriptivo. Por el contrario, nos dice, es menester despojar al fideicomiso de sus notas accidentales hasta descubrir su estructura esencial.

Con tal objeto, pues, e intentando hacer labor de abstracción, partamos de la definición transcrita, que para ser válida debe ofrecer los elementos esenciales del objeto a estudio.

La definición reúne los siguientes integrantes:

- a) una relación de substitución de personas,
- b) que es provisional,
- c) para dedicar un patrimonio a un fin lícito y específico.

Los cuales integrantes serán examinados en el orden expuesto:

a) Antes de enfocar el análisis del primer elemento, cabe advertir que la frase “relación de substitución”, además de ser cacofónica y confusa, resulta innecesaria. La propia frase, en efecto, a la luz de la concepción de Lajous, alude exclusivamente a una mera *substitución* y este vocablo por sí sólo expresa en su integridad la idea expuesta por el autor que se trata. Bastaría, en consecuencia, decir: “substitución provisional de personas...”

Sin embargo, para examinar el concepto en sí, respetaremos su expresión total y completa.

Relación de substitución dice transferencia de derechos de un titular a otro; el segundo de los cuales substituye el primero en la tal titularidad.

Así se entiende en nuestro procedimiento civil, que habla de substitución cuando el titular de un crédito sujeto a litigio lo transmite a tercero durante la secuela del juicio. El adquirente, que viene a ser parte interesada, substituye al cedente, quien pierde todo nexo con el procedimiento.

La substitución así realizada implica una transmisión de derechos.

Por esta razón equipara Lajous el fideicomiso, en lo que toca al género, con el negocio fiduciario, la hipoteca de derecho anglosajón, la obligación legataria del heredero y la subrogación automática del fiador.

En todos estos negocios hay transmisión de derechos; y de ello se sigue que Lajous podría hablar simplemente de transmisión como elemento del fideicomiso en lugar de recurrir el concepto substitución.

Este, además, se oscurece cuando Lajous asimila por su género el fideicomiso con el mandato, la gestión de negocios y la representación en general. Instituciones todas en cuyo desarrollo el representado conserva

la titularidad plena de sus derechos limitándose a ejercitarlos por el primero.⁶

Identificar fideicomiso y representación supondría afirmar que el fiduciario fuera apoderado del fideicomitente; lo cual negaría precisamente toda idea de substitución.

El error, sin embargo, es rechazado por Lajous expresamente al objetar la doctrina Alfaro y desechar la idea que el fideicomiso constituya un mandato.

Con ello se resuelve la aparente contradicción y queda firme el elemento que se trata: "relación de substitución de personas"; elemento que habrá de examinarse para corroborar que se presente en todo fideicomiso.

Al efecto, cumple recordar que —según la afirmación de Lajous— *trust* y fideicomiso son idénticos en su esencia.

De donde viene a ser congruente la idea sostenida por el autor⁷ que el *trust* sea "relación de substitución de personas".

Mas surge aquí el hecho, señalado por el propio Lajous, que el *settlor* —fideicomitente— puede designarse *trustee* —fiduciario— a sí mismo; caso en el cual no habrá substitución alguna de personas.

La conclusión obligada será, en consecuencia, una de las dos siguientes: que el fideicomiso y el *trust* no sean iguales en su esencia; o bien, que la definición propuesta por Lajous no explique eficazmente el negocio mexicano y resulte, por ende, inválida desde el punto de vista científico.

De las dos conclusiones anteriores, la segunda —invalidez de la definición— parece confirmarse por la razón siguiente: Así como en el *trust* fideicomitente y fiduciario —*settlor* y *trustee*— son en ocasiones una misma e idéntica persona; nuestro fideicomiso pudiera ser constituido por una institución fiduciaria —en garantía de los certificados fiduciarios que emitiera— designándose a sí mismo fiduciario de los bienes destinados al negocio. No habría en el caso substitución provisional alguna de personas ni la ley se opondría a la constitución del pretendido fideicomiso.⁸

La labor de abstracción que preconiza el licenciado Lajous parece eliminar la substitución como elemento esencial de fideicomiso y *trust*.

6 Rocco explica la representación diciendo que en la misma el representante es sujeto de ejercicio de los derechos del representado; quien, por su parte, se concreta exclusivamente a gozar de los propios derechos.

7 *Op. cit.*, p. 191.

8 Cf. E. Krieger, *Notas sobre el fideicomiso*. México, 1944, p. 4.

Cuando el fideicomitente —mexicano o sajón— se designa fiduciario a sí mismo los derechos fideicomitados siguen sujetos al propio titular. Pero los derechos de éste vienen a ser diferentes al constituirse el fideicomiso. La diferencia radica en el hecho que el tal titular, creado el negocio, debe ejercitar los derechos referidos obligatoriamente y en función del fin establecido. Antes de intentarse la operación, en cambio, el mismo titular podrá o no, potestativamente, ejercitar los referidos derechos a su arbitrio.

Diferencia que también se presenta en el fideicomiso que suponga substitución de personas por razón que el fideicomiso y el fiduciario sean sujetos diversos.

En este caso y antes de constituirse el fideicomiso el fideicomitente, titular de los derechos que habrán de asignarse al fin pretendido, podrá ejercitar éstos a voluntad. Al iniciarse el negocio y sustituir el fiduciario al fundador en la titularidad de los derechos mismos, habrá de ejercitarlos necesariamente y por obligación jurídica cuya violación implicará la correspondiente responsabilidad frente a los beneficiarios.

Al fiduciario, pues —haya o no substitución—, tiene que ejercitar obligatoriamente los derechos fideicomitados. El dato es constante y aparece en todo fideicomiso.

No sucede, en cambio, lo mismo con la substitución; que —de acuerdo con el método sugerido por Lajous— resulta elemento contingente y accidental del fideicomiso; excluyéndose así como integrante de toda posible definición.

b) Siguiendo con la de Lajous, cabe ahora examinar su segundo elemento; el cual alude al lapso provisional en que se desenvuelve la pretendida substitución.

Fideicomiso, dice Lajous, es “relación de substitución *provisional* de personas...”

El artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito determina: “Quedan prohibidos:... III. Aquellos —fideicomisos— cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.”

Se sigue de este mandamiento que sólo los fideicomisos de carácter privado se constituyen por plazos provisionales menores de treinta años.

El propio carácter de provisional, en cambio, no será forzoso cuando los beneficiarios sean personas jurídicas de orden público o instituciones de beneficencia. En estos casos, y también si el fin del negocio es —como expone la ley— mantener museos de carácter científico o artístico, el fideicomiso podrá persistir por lapsos indeterminados y sin límite.

La supuesta provisionalidad, en consecuencia, de la pretendida sustitución a que se refiere Lajous tampoco es elemento íntimo del fideicomiso.

c) En el orden expuesto por la definición que se analiza, toca referirse ahora a la asignación de un patrimonio. “El fideicomiso es relación de sustitución provisional de personas para dedicar un patrimonio a un fin lícito y específico.”

La tesis doctoral examinada entiende por patrimonio “conjunto de bienes susceptibles de aprovechamiento material”.⁹

Soslayando la revisión del concepto y partiendo del mismo, será preciso concluir que numerosas instituciones jurídicas suponen la asignación de patrimonios a fines lícitos y específicos.

Las sociedades mercantiles, múltiples asociaciones civiles, las operaciones de crédito reguladas por la ley mencionada arriba, todos los contratos que impongan obligaciones de dar y muchas otras instituciones que fuera largo enumerar implican destino de patrimonios —conjunto de bienes susceptibles de aprovechamiento material— a finalidades preestablecidas.

Tampoco este carácter, pues, es exclusivo del fideicomiso ni debe enunciarse por tanto como elemento esencial y distintivo del negocio, a menos que —como diría Lajous— se encuentre, en este caso, el atributo que diferencie nuestra operación de las anotadas arriba.

Y el hecho que el fin impuesto en el fideicomiso sea lícito y específico no lo distingue del objetivo de otras figuras jurídicas. Y menos aún —para seguir dentro de los límites de la materia— de la finalidad buscada a través de *trust*.

Lajous afirma: “... todo fideicomiso es una relación de sustitución provisional de personas”. “Sin embargo, esta definición es válida para muchos otros negocios jurídicos que, por tanto, tendremos que considerar como especies de un mismo género. Caben dentro de ella, por señalar sólo los que nos viene a la mente; el *trust*, el negocio fiduciario...

⁹ *Op. cit.*, p. 193.

Qué datos adicionales debemos agregar a nuestra definición para diferenciar el fideicomiso de estos otros negocios? Proponemos que basta agregar que dicha relación tiene por objeto destinar un patrimonio a un fin lícito determinado... Así, pues, proponemos como definición medular del negocio que nos ocupa: El fideicomiso es una relación de substitución provisional de personas para dedicar un patrimonio a un fin lícito y específico".¹⁰

Los párrafos anteriores distinguen —como se ve— *trust* y fideicomiso aduciendo el hecho que éste tiene "por objeto destinar un patrimonio a un fin lícito". Lo cual implica negar que el negocio sajón tenga idéntica finalidad.

Esta posición —contraria al sentir de la doctrina y del propio Lajous¹¹— es insostenible. El *trust* tiene, igual que el fideicomiso, un fin lícito determinado; hecho evidente que no requiere aclaración. Y si careciera de tal fin, el mismo licenciado Lajous —junto con la doctrina toda— caería en contradicción al asegurar, como lo hace, que *trust* y fideicomiso guardan iguales elementos de esencia y varían solo en ciertos integrantes accidentales que no determinan diferencia en las definiciones respectivas.

Trust y fideicomiso son idénticos en su estructura íntima y únicamente el empleo de vocablos ambiguos o de valor jurídico muy amplio, como las expresiones *lícito* y *específico*, permitió al autor establecer distinciones que no resisten el análisis lógico.

La tal licitud habrá que darla por supuesta so pena que el negocio iniciado venga a caer en nulidad, sin defecto de las sanciones que se impongan a los transgresores de nuestra Ley Penal.

El calificativo *específico*, por su parte, hace en este aspecto casi tautológica la definición, en vista de que no explica en qué consiste tal característica. El fin de cada negocio, en efecto, será específico del mismo en el caso respectivo. Pero al afirmar ésto de un objetivo determinado —el del fideicomiso en la especie— no se aclara concepto

10 *Op. cit.*, pp. 191, 192 y 193.

11 El autor —*op. cit.* p. 181— asegura que *trust* y fideicomiso son esencialmente la misma cosa. Y también explica —p. 164— que "el *trustee* —fiduciario— tiene obligación concreta de hacer y de dar. Debe administrar los bienes objeto del *trust* y dar al o los *cestuis* el fruto, todo de acuerdo con las instrucciones dadas por el *settlor* —fideicomitente— al crear el negocio". Este párrafo habla de la asignación de un patrimonio —el fideicomitado— a un fin lícito y determinado —provecho de los *cestuis*—.

alguno; se pospone sólo la explicación relativa. Y ésta es exigencia categórica de toda definición.

Para realizar su cometido, Lajous debió concretar los matices particulares y exclusivos del fin perseguido en el fideicomiso y no limitarse a decir que aquél era específico. Expresión ésta, en fin, tan general y cuyo sentido encuadra, por hipótesis, tan cabalmente en cada institución jurídica que hace nugatoria toda posibilidad de considerarla como elemento de definición en caso alguno.

Para concluir, debe afirmarse que el tercer elemento de la definición comentada no es tampoco exclusivo del fideicomiso ni puede considerarse integrante esencial del mismo, a menos de delimitarlo cabalmente.

La cual definición, por consiguiente, se ha visto objetada en todas sus partes después de analizarla a la luz del método de abstracción fijado por su autor.

La lógica exige, como dijimos en trabajo anterior,¹² que al definir un objeto de conocimiento se fijen sus elementos internos, constitutivos, exclusivos e integrantes que completen su forma cabal.

Y los integrantes expuestos por Lajous —los primeros—, si bien pueden presentarse en ciertos fideicomisos, no son constitutivos íntimos ni constantes del negocio.

Ni parece que sean siquiera exclusivos del mismo, pues pudieran descubrirse en su totalidad en instituciones distintas y ajenas por completo al fideicomiso.

El artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece: "En virtud del reporto el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido..."

Si esta operación versara sobre títulos cuyo número fuera limitado y que —por su demanda y valor— no se ofrecieran a la venta en el mercado, el reportador tendría que devolver al reportado los mismos títulos que éste le hubiera transmitido. Así acontece de hecho en aquellos casos en que un accionista requiere de otros las acciones necesarias para controlar la asamblea respectiva e imponer su interés. Terminada aquélla, las acciones vuelven a los reportados merced a la transferencia corres-

12 J. Serrano Trasviña, *Aportación al Fideicomiso*. Publicaciones del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario. No. 32. México 1950. P. XIII.

pondiente; y la operación por mandamiento legal alcanza una duración máxima de sólo cuarenta y cinco días.

Reporto significa, pues, substitución provisional de personas con respecto a la titularidad de bienes o derechos determinados —patrimonio— que, por definición, se aplican a un fin lícito y específico.

El negocio en cuestión comprende total y exclusivamente los elementos con que Lajous define el fideicomiso. Ello no obstante resultaría falso el aserto que identificara este negocio con el reporto. Las esencias respectivas son distintas en manera tal que huelga el comentario.

Y ello a pesar de que el fin de ciertos reportos pudiera alcanzarse mediante la fundación de un fideicomiso.

A través del reporto un accionista logra obtener mayoría que, si bien es momentánea y provisional, le permite dominar la asamblea e imponer su designio y pretensiones.

En la misma forma, los socios de una empresa que se propongan fijar a ésta ciertos derroteros y actividades podrán constituir un fideicomiso con sus respectivas acciones obligando al fiduciario a concurrir a la asamblea con la finalidad predeterminada.

Y en el reporto referido —como en todos ellos— el reportador adquirirá ciertos valores con el objetivo previsto; mas, celebrada la operación, el propio reportador podrá abstenerse libremente de ejercitar sus derechos aprovechándolos o no, a su arbitrio; porque tales derechos, obtenidos en virtud del reporto, son siempre de ejercicio potestativo. Los que, en cambio, se traspasan y atribuyen al fiduciario del supuesto apuntado, deben ser ejercitados por aquél obligatoriamente en función del deber jurídico que con tal finalidad se le impone.

Reporto y fideicomiso son, pues, negocios distintos.

Empero, la definición que Lajous propone para el segundo negocio —sin lograr su cometido— explica el primero.

Y por ello viene a ser inaceptable.

Una definición debe explicar cabal pero exclusivamente el objeto de conocimiento que analiza; debe fijar los integrantes todos del propio objeto, mas sólo los que le corresponden. Si la tal definición no puede encuadrar todas las formas y modalidades que presente el objeto a estudio carecerá de valor y no alcanzará su objetivo. Y menos aún si a ello se agrega el hecho que la misma definición explique objetos distintos del que analiza y constituye su meta.

Nuestra "Aportación al Fideicomiso" dice que el fideicomiso es "negocio jurídico por el cual los derechos destinados a su consecución invierten su modo de ejercicio de potestativo en obligatorio en virtud de un deber jurídico impuesto a su titular".¹³

Esta concepción es desechada por Lajous; quien, sin embargo, no parece ofrecer argumento que fundara su actitud y diera por tierra con la definición transcrita.

La única objeción de Lajous resulta del hecho que —dice— nuestra definición se basa exclusivamente en el concepto de derechos de ejercicio obligatorio; concepto que el autor rechaza considerando que los términos derecho y obligación son antinómicos.¹⁴

Esta afirmación —indiscutible en sí misma— carece de valor como premisa de la argumentación expuesta por Lajous.

El maestro García Máñez, primer autor que habla de derechos de ejercicio obligatorio y creador, por decirlo así, del concepto respectivo, parte precisamente de la idea de que derecho y deber son entidades diferentes y aún dedica a cada una de ellas capítulos distintos de su "Introducción al Derecho". La propia diferencia es además base fundamental y necesaria de la teoría que lo llevó a fijar certeramente la existencia de los derechos del obligado.

Lo cual se manifiesta clara y palpablemente en la obra en preparación "El Estudio del Derecho" del licenciado Oscar Morineau:

"Es indudable que el obligado es sujeto de un deber y sin embargo la conducta exigida por la norma le está permitida y por tanto es objeto de un derecho y no de un deber. Si decimos que el deber es solamente un deber y no un derecho, negamos que el obligado esté facultado a cumplir con su deber, con lo cual implicamos que la conducta exigida está prohibida y no permitida, lo cual es un contrasentido. Por otro lado, también es contradictorio identificar el derecho y el deber, ya que uno es el facultamiento de conducta, la autorización de conducta hecha por la norma al sujeto, y otro es el deber, la restricción de conducta. Es igualmente insostenible afirmar que el deber es un derecho. Para resolver este aparente dilema nos basta con investigar la naturaleza del derecho subjetivo que no se otorga para poder cumplir con un deber, esto es, el derecho potestativo. Este análisis nos permitirá

13 J. Serrano Trasviña, *op. cit.*, p. 369.

14 A. Lajous, *op. cit.*, p. 188.

descubrir que cuando la norma faculta determinada conducta en forma potestativa en realidad otorga tres facultades distintas: a) la facultad de hacer; b) la facultad de no hacer y c) la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio de la conducta facultada. El derecho potestativo implica la protección del libre albedrío, la libertad de hecho, a través del ejercicio positivo o negativo de la conducta, mediante la autorización de la comisión y de la omisión, con lo cual implícita, pero necesariamente, se faculta también la opción. Por el contrario, cuando la norma tiene por objeto *provocar conducta* positiva o negativa, *necesariamente faculta la conducta que se desea provocar*. Si se desea provocar la acción, sencillamente se autoriza o faculta la acción; si se desea provocar la omisión, sencillamente la norma autoriza la abstención. *Pero no basta con que determinada conducta sea autorizada para provocar su aparición*. Para lograr este resultado es necesario dar un paso más. Entonces *la norma autoriza la acción y al mismo tiempo prohíbe la omisión y por tanto también prohíbe la opción; esto es, restringe la libertad del obligado*. Si desea provocar la omisión entonces *la norma autoriza la omisión y al mismo tiempo prohíbe la acción y necesariamente la opción*. Es hasta ahora cuando aparece el deber, la restricción de la conducta del sujeto obligado. Así como el derecho potestativo se descompone en tres facultades distintas, el llamado deber de hacer se descompone en lo siguiente: a) la facultad de hacer; b) la prohibición de omitir y c) la prohibición de optar. El deber de omitir se descompone como sigue: a) la facultad de omitir; b) la prohibición de hacer y c) la prohibición de optar. El deber claramente resulta ser la prohibición de conducta positiva o negativa, el medio para provocar la acción o la omisión, por lo que todo deber está siempre relacionado o fundido con el derecho del obligado, con la facultad de cumplir con el deber. El deber jurídico es siempre la restricción de la libertad del obligado, el obligado tiene la facultad de hacer y la prohibición de omitir y de optar o bien la facultad de omitir y la prohibición de hacer y de optar. Del análisis anterior resulta claro que uno es el derecho del obligado y otro distinto su deber, el cual consiste en la prohibición de hacer o de omitir, según el caso, deber que implica la restricción de la facultad de optar, de la libertad del obligado. El deber no tiene por objeto o contenido la conducta exigida ya que ésta, en cuanto acción u omisión, es objeto del derecho otorgado al obligado para que pueda cumplir con su deber. Por lo que, el deber de hacer, es en realidad la prohibición de omitir y de optar, mientras

que el deber de no hacer es en realidad la prohibición de hacer y de optar".¹⁵

Derecho y deber, pues son conceptos distintos y aun opuestos: Así se deriva de la exposición transcrita, que en este particular coincide y se compagina con el pensamiento de Lajous. Pero precisamente la distinción incontrovertible entre los objetos de conocimiento en cuestión es la que lleva a la doctrina —contra las conclusiones del autor citado— a deducir y concretar la existencia de los derechos de ejercicio obligatorio.

Derecho es autorización que la norma otorga a un sujeto. Deber por el contrario, es prohibición que impone la norma a otro sujeto. La diferencia es evidente y las imputaciones jurídicas respectivas —conducta autorizada frente a conducta prohibida— hacen imposible confusión alguna.

Ahora bien, cuando la norma impone un deber para provocar cierta conducta, prohibiendo la contraria, tiene que autorizar forzosamente el ejercicio de la primera. Caso contrario la dicha norma "sería contradictoria ya que ordenaría y prohibiría al mismo tiempo una misma conducta".¹⁶

Este derecho que tiene el obligado a ejercitar la conducta pretendida por el orden jurídico es precisamente un derecho de ejercicio obligatorio; y su existencia se sigue lógicamente y por manera que dijéramos necesaria de la distinción clara entre deber y derecho.

La conclusión, empero, es deseada por Lajous en función, probablemente, de la idea subjetivista que parece orientar su concepción del derecho subjetivo; la cual idea se sintetiza en los párrafos siguientes:

"... Un derecho, por definición, por antonomasia es una facultad, una potestad. No es imaginable que alguien ejerza un derecho más que considerando que el resultado de tal ejercicio le produciría un agrado, por más leve que sea, dentro de la esfera efectiva de su psique para seguir al psicólogo Malfatti. El cumplimiento de una obligación por otro lado, implica una acción u omisión para la cual es inútil investigar si producirá o no una sensación de agrado, pues de todas maneras se deberá llevar a cabo. Es claro que una misma acción puede constituir el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber. Pero esta

15 Cf. O. Morineau, *El Estudio del Derecho*. Cap. vi "El deber Jurídico".

16 E. García Máynez. *Introducción al Estudio del Derecho*. México 1951, p. 196.

acción constituirá el ejercicio de un derecho sólo en tanto que deseemos accionar. Quienes proponen la teoría que analizamos señalan el caso del voto del ciudadano. Dicen que es un derecho de ejercicio obligatorio. Nosotros, en cambio, creemos que es, en todos los casos, una obligación y es un derecho sólo en aquel caso en que el ciudadano tenga el deseo de votar. No se puede decir que está ejercitando un derecho, el de votar, el ciudadano que carece absolutamente de interés en la elección y a quien le repugna la idea de levantarse temprano y hacer fila ante las casillas. Este hombre sólo cumple un deber. En cambio, quien tiene interés en contribuir al triunfo de un candidato y quien, por espíritu gregario, se divierte en las *colas*, si aprovecha la facultad de votar, y si ejerce un derecho; derecho que coincide con un deber pero que de ninguna manera consideramos un derecho de ejercicio obligatorio".¹⁷

El criterio citado amerita especial comentario porque se expone en un trabajo que es —como advierte su prólogo— exposición de las lecciones que se impartirían a los alumnos de la licenciatura.

Es mentester, por ello, hacer notar que el pensamiento de Lajous sigue y se asimila —si bien guarda un subjetivismo más acentuado— a los de Ihering y Windscheid que la "Introducción al Derecho" del doctor García Máynez, objeta y destruye en forma definitiva e indiscutible.

Windscheid afirma que el derecho subjetivo es "poder o señorío de la voluntad reconocido por el orden jurídico".¹⁸ Refiriéndose al mismo derecho, Ihering lo explica como "interés jurídicamente protegido".

De acuerdo con Lajous el tal derecho vendría a ser "deseo titulado por el orden normativo".

La teoría de Windscheid —cuyas fallas, apunta García Máynez, y son análogas a las que se oponen a Ihering—¹⁹ ha sido blanco de objeciones múltiples.²⁰ "La crítica más sólida que de ellas existe es en nuestro concepto, la que emprende Kelsen en su obra *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica*, publicada en 1911. Los argumentos esgrimidos en contra de la doctrina del célebre pandectista pueden resumirse en estos términos:

17 A. Lajous, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

18 E. García Máynez, *op. cit.*, p. 180.

19 *Op. cit.*, p. 183.

20 *Op. cit.*, p. 180.

1. Casos hay en los cuales el titular de un derecho subjetivo no desea ejercitarlo. Por ejemplo: una persona tiene el derecho de exigir el pago de una cantidad que ha prestado, pero no quiere cobrar lo que se le debe. Esta circunstancia no destruye la facultad concedida al acreedor. Si el derecho subjetivo dependiese de su voluntad, al desaparecer ésta, aquél debería extinguirse.

2. Numerosas personas jurídicas carecen de voluntad en sentido psicológico. Son incapaces de querer, y, ello no obstante, poseen facultades y deberes. Es el caso de los incapacitados, los recién nacidos, las personas morales. Un sindicato o una sociedad mercantil carecen de poder volitivo propio, pero son sujetos de derechos y pasibles de obligaciones. Si la esencia del derecho subjetivo radicase en el querer, habría que negarles la calidad de personas en sentido jurídico.

3. Los derechos subjetivos no desaparecen aunque el titular de los mismos ignore su existencia y no haya en el propio titular un querer orientado hacia ellos.

4. Hay derechos cuya renuncia no produce consecuencias legales. En la legislación mexicana, por ejemplo son de esta clase los que la Constitución y la Ley Federal del Trabajo conceden a los obreros. Un trabajador que ha sufrido una enfermedad profesional está facultado para pedir que se le indemnicé. Aun cuando renuncie al pago de la indemnización que le corresponde, la renuncia no produce consecuencias jurídicas. En este caso, la ley protege al trabajador incluso contra su voluntad".²¹

Estas objeciones, anota García Máynez, desvirtuaron totalmente la teoría de Windscheid. Y la de Ihering, que —como se dijo— ve en el derecho subjetivo un "interés jurídicamente protegido", está expuesta a críticas semejantes. "La primera y más importante queda resumida en la siguiente frase: *si la nota del interés fuese esencial al derecho subjetivo, éste no existiría al faltar aquélla*. La persona que ha prestado dinero a un amigo pobre, por ejemplo, no siempre está interesada en reclamar el pago. De hecho es posible que desee precisamente no reclamarlo. Cuando tal cosa ocurre, el derecho del mutuante subsiste, lo cual demuestra que no dependía de sus intereses".

"Las fallas de la tesis expuesta son pues análogas a las de la doctrina de Windscheid. Ello no tiene nada de extraño, ya que los conceptos de

²¹ *Op. cit.*, p. 181.

interés y voluntad pertenecen al mismo linaje psicológico. *Sólo se quiere aquello en que se tiene interés: solo se tiene interés en aquello que se quiere.* El interés es un medidor de los objetivos de la voluntad. Esta se orienta hacia el logro de finalidades numerosas; mas no todas son igualmente anheladas por el sujeto. Atribuye a unas mayor valor que a otras y, consecuentemente, prefiere las que le parecen de superior rango. La medida de la estimación es precisamente lo que denominamos interés. Trátase de una denominación psicológica variable. Crece o disminuye paralelamente a la valorización que el individuo hace de sus fines. El interés es por esencia subjetivo...”²²

Los argumentos pueden oponerse en su integridad a la concepción de Lajous. Basta poner el vocablo *deseo* donde la exposición de García Máynez dice *voluntad* o *interés* para que la tesis comentada pierda por completo —como las de Ihering y Windscheid— todo mérito científico.

Ihering y Windscheid son valores indiscutibles del pensamiento jurídico. Sus teorías orientaron tiempo largo la tarea de juristas y legisladores; y las del primero han dejado huella en múltiples ordenamientos vigentes a la fecha.

Por ello las obras y doctrinas de ambos autores, con otros de igual importancia, deben ser expuestas y estudiadas en nuestra facultad de Jurisprudencia.

El examen de fuentes históricas doctrinales y positivas hasta sus más recientes manifestaciones es siempre conveniente y deseable al emprender el análisis de una Institución Jurídica. El valor de un tal esfuerzo metódico es obvio y su realización viene a ser auxilio eficaz e imprescindible para el objetivo perseguido. La carencia del dicho elemento puede hacer, en cambio, frustránea o cuando menos inútil la elaboración de teorías cuyas conclusiones hubieran sido expuestas previamente y aún reprobadas ya por otras especulaciones científicas anteriores. Ihering mismo, vale recordar, lamentaba haber abordado temas y problemas aclarados y resueltos ya por Santo Tomás. El tiempo dedicado a estas empresas, confesaba el autor alemán, hubiera sido mejor aprovechado de haber conocido a tiempo, en la Universidad, las enseñanzas del Doctor de Aquino.²³

Mas estas razones no permiten al estudioso del derecho, ni menos al catedrático, la pretensión de resucitar teorías rebatidas con anterior-

22 *Op. cit.*, p. 183.

23 C. V. Cathrein, *Filosofía del Derecho*. Ed. Reus., p. 9, n. 2.

ridad y superadas por otras nuevas cuya vigencia sea, cuando menos aparentemente, inobjetable.

Acontece en ocasiones que alguna construcción doctrinal sea rechazada por un mal entendido o en función de sofismas que no parezcan serlo. Estos constituirán, por consiguiente, base para substituir dicha construcción con otra que tenga apariencia de validez.

En tal situación es lícito y aún obligado que el maestro demuestre la falsedad de la segunda teoría y exponga la primera luego de verificar su valor en forma clara y evidente.

Este es el camino que exige el método científico. Cualquier otro vendrá a traducirse en daño para el alumno interesado en atacar problemas normativos.

Y este sería el caso que se presentara de enseñarle al estudiante de jurisprudencia que el derecho se condiciona en su estructura a la sensación de deseo producido por su ejercicio.

Lajous asegura que el de voto es derecho cuando el ciudadano tiene deseo de ejercitarlo. Y que, por el contrario, es deber cuando el votante concurre a la casilla sin interés en la elección.

Ahora bien, es obvio que un ciudadano puede pedir amparo de la justicia federal contra actos de autoridad que le impidieran votar en la oportunidad respectiva.

Pero, partiendo de la tesis que se examina, el amparo referido requeriría la demostración de que el quejoso experimentaba "una sensación de agrado" al votar y tenía, por ende, deseo de hacerlo.

En cambio, el votante que no sintiera gusto ni deseo alguno de concurrir al acto electoral, no estaría facultado para requerir un tal amparo. La solicitud relativa sería siempre rechazada por razón de la repugnancia que produjera la actividad referida; repugnancia que implicaría, de acuerdo con Lajous, la existencia de un deber. Y como el amparo se otorga en protección de derechos, el votante obligado no podría ocurrir jamás a la justicia federal en juicio de garantía.

El absurdo propuesto muestra hasta que extremo puede llevar la teoría revisada. Si los derechos subjetivos se explicaran en función de aquélla, la tarea del litigante vendría a ser imposible.

En efecto, el ejercicio de una acción supone, de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, la existencia de un derecho. Y como éste implica —de seguir al autor—, deseos y sensaciones de agrado, el abogado que inicie un juicio

deberá probar, como supuesto forzoso de su intento, que su cliente tiene deseos y sensaciones de agrado, cuya falta de satisfacción lo obligan a recurrir al poder jurisdiccional en busca de desagravio. Pero como las manifestaciones psicológicas en cuestión no pueden, por su naturaleza, evidenciarse a través de los métodos probatorios fijados en nuestros ordenamientos, el juez se vería imposibilitado de cumplir con su función y actores y demandados se abstendrían de ocurrir al tribunal ante la perspectiva insuperable de fracasar en su gestión y acometer siempre actividades inocuas.

Esta afirmación no podría rebatirse aduciendo la necesidad de crear nuevos medios de prueba. Es indiscutible que los fenómenos de agrado y deseo no pueden ponerse de manifiesto en sí mismos objetivizándose fuera de la psique del sujeto que los experimenta. Mas, aunque ello fuera posible, existen derechos cuyo ejercicio provoca molestia e insatisfacción a sus titulares, y no agrado ni placer. Tal es el caso del derecho que se concreta en el artículo 423 de nuestro código civil para el Distrito y Territorios Federales. "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente. Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna."

La conducta indebida o desencaminada del hijo causa sin duda pena y desagrado al buen padre de familia: quien, por razones obvias, sentirá la misma molestia al imponer la sanción correspondiente, cuya aplicación es derecho que le otorga el artículo apuntado arriba.

Tal derecho, pues, no se explica a la luz de la concepción propuesta por Lajous; ya que implica más bien repugnancia que agrado o deseo; y dicha repugnancia, siguiendo al autor, vendría a ser —en cuanto derecho y deber son antinómicos—²⁴ sedimento y base del deber jurídico.

Sin embargo, pudiera hablarse de deberes que supusieran —igual que los derechos subjetivos explicados por Lajous— sentimientos de agrado y deseo.

Piénsese en la obligación impuesta a los naturales de países en guerra de entregar a las autoridades los espías que sirvan al enemigo.

24 "No se puede decir —asegura Lajous— que esté ejercitando un derecho, al votar, el ciudadano que carece absolutamente de interés en la elección y a quien le repugna la idea de levantarse temprano y hacer fila ante las casillas. Este hombre sólo cumple un deber." A. Lajous, *op. cit.*, p. 189.

El que viole este mandamiento será considerado traidor a la patria y castigado con la pena máxima. Los ciudadanos leales, empero, cumplirán gustosos con este deber y se sentirán satisfechos de poder hacerlo en toda oportunidad.

El deber no implica necesariamente repugnancia del obligado ni el derecho supone agrado o deseo indefectible en el titular. Y si bien la satisfacción de un derecho puede traducirse en ocasiones en una sensación de agrado y el cumplimiento de ciertas obligaciones causa pena y molestia a los sujetos que las soportan; los sentimientos respectivos—deseo, agrado; repugnancia, molestia— carecen de sentido normativo como tales sentimientos y la práctica jurídica no tiene ni podría encontrar medio de determinar su existencia ni menos de calibrarlos y fijar su calidad y dimensiones.

Las categorías psicológicas referidas no son elemento constante del derecho subjetivo ni del deber jurídico; ni pueden ser aprehendidas o determinadas por el jurista con el rigor y precisión que su ciencia —como todas— exigiría. No es posible, por ende, clasificarlas como integrantes de los conceptos jurídicos fundamentales —derecho y deber— que nos ocupan.

Esta conclusión se deduce lógicamente de los argumentos expuestos por García Máynez en la "Introducción al Derecho" que arriba se transcriben; y aún se pone de relieve en la tesis doctoral comentada, por razón que ésta no puede utilizar su propia concepción del concepto genérico, derecho subjetivo, en el momento de analizar el derecho de propiedad.

Este, en efecto, es especie de los derechos reales que lo son a su vez de los subjetivos. Los cuales constituyen por antonomasia el género próximo de toda facultad —como la referida propiedad— que la norma otorgue a un sujeto.

Ahora bien, para definir un objeto es preciso circunscribir el género próximo por la diferencia específica. Y descubierto el primero, la segunda se fija merced a la deducción o, —diría Lajous—, método de abstracción.

Pero éste parece resultar ineficaz una vez más a la tesis doctoral analizada. La cual asegura: "En conclusión, el derecho de propiedad está tan maltrecho, tan restringido, tan modificado de país a país, de época a época, de objeto de propiedad a objeto, que es ya imposible definirlo adecuadamente. Apenas se podrá decir de él que, al igual que

los demás derechos llamados reales y aún algunos de los llamados personales, *es una relación jurídica entre una persona y una cosa. Relación entre ambos en tanto la norma o conjunto de normas, autoriza a la persona a determinada conducta en lo que se refiere a la cosa*".²⁵

No es necesario hacer notar que el párrafo anterior se abstiene de seguir método fijo: ni el de abstracción ni otro alguno. Pero es conveniente precisar que asimila e identifica el de propiedad con los derechos reales y con algunos personales que ni siquiera concreta. Conclusión esta cuya invalidez es obvia y no requiere análisis.

Surge además el hecho curioso que la tesis doctoral explica y describe el género derechos subjetivos pero no encuentra la diferencia específica que corresponda a las categorías de derechos reales y personales ni menos, claro, de la propiedad que es especie de la primera de aquéllas.

Ello se debe, podría suponerse, a la falta de valor de la explicación propuesta para los derechos subjetivos. Explicación que adolece —como se vió— de las fallas descritas por García Máynez al rebatir las teorías de Ihering y Windscheid relativas a los propios derechos subjetivos.

"Aportación al Fideicomiso" intenta formular —siguiendo a Morineau— la esencia de los derechos reales y el de propiedad a través de los asertos que se transcriben:

"Derecho subjetivo es la autorización de conducta hecha por la norma a un sujeto. Ahora bien, cuando la norma autoriza conducta humana —cuando otorga un derecho subjetivo— solo puede atribuirla al facultado bajo una de las dos maneras siguientes: o le autoriza el ejercicio de su propia conducta o bien le otorga el goce de la ajena. De aquí nace necesariamente una división de los derechos subjetivos en dos especies distintas: los que facultan el ejercicio de la propia conducta de un sujeto y los que autorizan la conducta ajena a favor del facultado. La división anterior se funda únicamente en las posibilidades que existen para regular la conducta humana mediante el facultamiento normativo. Esta división de los derechos subjetivos aparece por primera vez en el libro intitulado "Los derechos reales y el subsuelo en México" y en un artículo publicado en la Revista "Jus" —Derechos absolutos y relativos—, cuyo autor, el licenciado Oscar Morineau, nos proporciona el conocimiento de la esencia específica de cada uno de los derechos subjetivos que reciben el nombre de absolutos y relativos respectivamente ...

25 A. Lajous, *op. cit.*, p. 200.

al pretender definir —algún sector de la doctrina— el derecho de crédito, se refieren exclusivamente a la facultad de exigir el deber correlativo. Se dice que el derecho de crédito es la facultad que tiene una persona, llamada acreedor, de exigir a otra, llamada deudor, una prestación determinada. El derecho de crédito aparece siempre como una *facultas exigendi* . . . Ahora bien, es indiscutible que la regulación de la conducta exterior del hombre, fundada en el derecho, no se consuma mediante el otorgamiento de una simple *facultas exigendi*. Así, un contrato de prestación de servicios es fuente del derecho a gozar de los servicios ajenos —conducta ajena— y a exigir su prestación en caso de incumplimiento. El derecho relativo —de crédito en su caso— aparece entonces como fusión de dos facultades distintas: la de gozar de la conducta ajena fundida con la de exigir la conducta ajena en caso de incumplimiento. Dicho derecho es el que regula la cooperación social. Si se tiene la facultad de exigir la conducta ajena, se debe a que ésta es otorgada por la norma al titular correspondiente. En el contrato de arrendamiento, pongamos por caso, no quedan agotados los derechos del arrendatario con la facultad que tiene de exigir el uso y disfrute, ya que tal contrato es además fundante de la facultad de usar y disfrutar la cosa ajena. En la misma forma, tratándose del derecho absoluto, no podemos decir que ésta sea solamente la facultad de exigir respeto a la conducta autorizada por la norma al derecho habiente. Si se concretara a eso sólo, el derecho de propiedad otorgaría al propietario la facultad de exigir el respeto a todo el mundo, mas no autorizaría el ejercicio de la propia conducta, reduciéndose su derecho a una simple *facultas exigendi*. El propietario sería una especie de guardián de los bienes; facultado a exigir el respeto mas no a realizar su propia conducta. De lo dicho se concluye que también el derecho absoluto aparece como fusión de dos facultades: la de realizar la propia conducta, fundida con la de exigir su respeto a todo el mundo . . . Los derechos reales son una cierta categoría o especie dentro del género de los derechos absolutos. Por tanto es necesario encontrar el elemento que caracteriza a aquellos concretamente y los hace diferentes de los demás integrantes del género mencionado. Hasta aquí hemos encontrado —en párrafos no transcritos— que la doctrina entiende el objeto de los derechos reales como una cosa. Ahora bien, por cosa en este respecto debe entenderse un objeto exterior al hombre —una cosa material o bien una idea objetivada, como en la propiedad intelectual—. Relacionado ahora este elemento con la definición propuesta

para los derechos absolutos se obtendrá la de los derechos reales. El derecho absoluto es la facultad de ejercitar la propia conducta, atribuida por la norma al titular; y, en consecuencia, el derecho real será la facultad atribuida por la norma a un individuo para que ejercite su conducta sobre un bien exterior a él; bien identificado por la norma como objeto de la conducta autorizada al facultado y de la conducta prohibida a todo el mundo. El derecho regula la conducta en forma bilateral; y para que el titular de un derecho absoluto pueda ejercitarla en la forma exclusiva autorizada, es necesario que todas las personas respeten tal ejercicio; lo que da lugar al deber de respeto, correlativo de todo derecho absoluto... Ahora bien, el derecho de propiedad es sólo una especie dentro del género de los derechos reales; es el derecho real originario. Por tal debe entenderse como el derecho cuya existencia previa se requiere para que puedan existir y concebirse todos los otros derechos que facultan conducta sobre cosas exteriores al titular. Esto quiere decir que no pueden existir ni el usufructo, ni el uso, ni la habitación, ni tampoco la hipoteca ni el arrendamiento o la aparcería, ni el depósito ni el comodato, si previamente no se constituye un derecho de propiedad sobre el bien respectivo. El de propiedad es el derecho real originario; esto es, *el que autoriza al titular en forma exclusiva y originaria a actuar sobre la cosa*. Es correlativo del deber de abstención impuesto a todo el mundo. Los elementos que lo componen son: el sujeto: la persona facultada; el objeto inmediato del derecho: actuar sobre la cosa; el objeto exclusivo de la conducta facultada: la cosa exterior al facultado, que puede ser física, incorpórea y hasta un ser humano como en la esclavitud de los tiempos pretéritos. Tal derecho es fundante de una relación jurídica, junto con el deber correlativo. Es un derecho absoluto porque faculta la propia conducta del titular; es un derecho real porque la conducta facultada recae sobre una cosa —*res aliqua*— exterior al facultado. Es un derecho porque autoriza conducta y faculta a exigir su respeto a los demás; es una *facultas agendi* fundida con una *facultas exigendi*".²⁶

La estructura íntima de los derechos reales, personales y de propiedad ha quedado, pues, establecida partiendo de la categoría amplia y dilatada que integra su género próximo: la de los derechos subjetivos. Conocidos los cuales la tarea emprendida se concretó a fijar las dife-

26 J. Serrano Trasviña, *op. cit.*, pp. 8, 9, 15 y 24.

rencias que caracterizaban y circunscribían cada una de las especies por determinar.

El método seguido en este trabajo, sus premisas y conclusiones podrán quizá ser rebatidos y criticados. No conocemos, sin embargo, a la fecha, objeción que invalide la tesis transcrita ni su razonamiento.

Dicha tesis es expuesta con la necesaria amplitud por su autor el licenciado Oscar Morineau en diversos capítulos de "El Estudio del Derecho"; obra que analiza cuidadosamente y se ve obligado a rechazar múltiples teorías que, sobre derechos absolutos y relativos, reales y personales, de ejercicio potestativo u obligatorio, se han emitido en la evolución de la ciencia jurídica.

El derecho de propiedad —especie de un género bien definido— puede, deber ser²⁷ y ha sido captado en todos sus elementos esenciales.

Merced a ello es posible estudiar y concretar con rigor lógico las instituciones que se sustentan sobre tal derecho. Y pudiera suponerse, asimismo, poco científica la posición que resuelva "el problema de la propiedad de los bienes fideicomitidos haciendo —como sostiene Lajous— caso omiso de los mismos".²⁸

Ni puede rebatirse este aserto afirmando simplemente que la definición de propiedad ofrecida en "Aportación al Fideicomiso" es inaceptable. Podría, claro, serlo. Mas, en caso tal, el investigador que la rechace deberá formular nueva explicación del derecho mencionado; determinando la esencia de la propiedad y fijando los integrantes respectivos.

Lograr este resultado es imperativo de la ciencia jurídica; y la tarea correspondiente —que, en nuestro concepto, Morineau ha llevado a cabo con el éxito deseado— es realizable en función de no ser el derecho de propiedad categoría de las denominadas indefinibles y que careciera de género próximo por ser un tal género primario y autónomo en sí mismo. La dicha propiedad es sólo especie de los derechos reales y éstos, a su vez —como se sabe— de los subjetivos. La investigación, por tanto,

27 "La realidad y la verdad se hallan en la limitación y la definición. Toda clase posee un cerco, toda substancia su compartimiento, su lugar natural. El sistema de los géneros y las especies y su interdependencia racional, modela, acota, circunscribe y precisa, a partir de los grandes compartimientos categoriales y mediante una retícula coherente y perdurable, sobre el plasma fluyente de la materia amorfa, la realidad permanente de la individualidad sustancial." J. Xirau, *Lo fugaz lo Eterno*, C. E. F. F. L. México 1942, p. 21.

28 A. Lajous, *op. cit.*, p. 201.

ha de concretarse a descubrir la diferencia que distinga la propiedad de los derechos reales derivados.

La cual distinción ha sido finalidad de la doctrina de derecho privado y también —como asienta Lajous— de los autores que analizan el fideicomiso, autores preocupados siempre en forma muy principal y constante, por aclarar y establecer quien sea el propietario de los bienes fideicomitidos.²⁹

Este esfuerzo resulta, sin embargo, injustificado y falto de sentido para la tesis comentada; que se expresa en los siguientes términos:

“Diremos que independientemente de quien es propietario de los bienes fideicomitidos o de que estos tengan siquiera propietario, al fideicomitente le corresponden tales derechos acerca de los bienes, al fiduciario le corresponden tales obligaciones y al fideicomisario le corresponden tales derechos. ¿Qué cuáles son tales derechos que hemos dejado de especificar? Pues los que se derivan del *contrato* de fideicomiso, de la Ley; de la Jurisprudencia y de la doctrina. Es preferible buscarlos allí y no en el engañoso y estéril concepto de propiedad.³⁰

La afirmación de Lajous es terminante. Las conclusiones de la doctrina al examinar la propiedad en fideicomiso, dice, carecen de valor.³¹

Pero de inmediato, el autor parece cambiar de criterio y desdecirse en cierta medida: “A pesar de la opinión que externamos en el párrafo anterior, tenemos forzosamente que aceptar que si sería sumamente importante fijar la propiedad de los bienes fideicomitidos si el concepto propiedad tuviera mayor estabilidad y fuera claramente definible y delimitable. Es más, tenemos que echar mano de este término para resolver un problema concreto, que es el caso de quiebra o insolvencia ante deudas de parte de alguno de los tres elementos personales que intervienen en el fideicomiso.”³²

Es, pues, de acuerdo con la advertencia de Lajous, sumamente importante fijar la propiedad de los bienes fideicomitidos. Pero como, siguiendo al autor, el dicho concepto propiedad resulta fugaz y escurridizo y estéril y engañoso, la doctrina tendrá que ignorar esta exigencia científica y dejar pendiente por siempre la solución del problema relativo.

29 *Op. cit.*, p. 197.

30 *Op. cit.*, p. 201.

31 *Op. cit.*, pp. 191 y 192.

32 *Op. cit.*, p. 201.

Esta posición, es obvio, obligaría al juez a eximirse de conocer todo asunto que versara sobre fideicomiso y no sólo los casos de “quiebra o insolvencia ante deudas de parte de alguno de los tres elementos personales que intervengan en la operación” —casos en los cuales sí es preciso, según confiesa Lajous, echar mano del término propiedad.

Las controversias respectivas exigirían al juez recurrir, más que al término mencionado —expresión convencional sin valor alguno en sí misma—, al manejo y empleo inteligente de la estructura y naturaleza íntima del concepto derecho de propiedad en sí.

Caso que el juez no lograra esto los bienes fideicomitidos carecerían de titular —propietario en su caso— y el fideicomiso vendría a ser negocio falto de sentido,³³ y, por tanto, impracticable.

Circunstancia que se hace aun más evidente al examinar algunos ejemplos ofrecidos por Lajous para explicar mejor los “tipos más usuales” de fideicomiso. En dichos ejemplos se hace referencia constante a propiedades y entregas y traspasos de las mismas; y de ellos se deduce que los derechos referidos atañen tanto a los sujetos del negocio, cuanto a jueces, legislador y a la doctrina, en todo caso y no solo en la quiebra aludida por la tesis doctoral.

La cual —al ofrecer los ejemplos mencionados— clasifica el fideicomiso, por razones de utilidad práctica en cuatro categorías: de garantía, herencia, administración e inversión.

“1.—Siguiendo el orden anotado, empezaremos por el fideicomiso en garantía. Para prestarle dinero a Pablo, Juan le exige que entregue en fideicomiso su casa. En el contrato de fideicomiso se le darán instrucciones a la institución fiduciaria en el sentido de que simplemente detente (*sic*) *la propiedad de la casa por un año* y de que si al finalizar ese período Pablo no comprueba haber saldado su cuenta con Juan, venda la casa al mejor postor. Del producto de la venta debe pagar a Juan y el remanente si lo hay se lo entregará a Pablo. Si, por el contrario, Pablo, demuestra haber pagado dentro del plazo, la fiduciaria le regresará la casa. Hemos planteado este negocio en los términos más simples posibles. Sin embargo, es fácil imaginar otra serie de factores que pueden aparecer

33. Igualmente imposible sería, por lo demás, para el orden normativo, regular operación alguna que dijera relación en cualquier forma con el derecho de propiedad. Y como sin ésta la vida humana sería irrealizable, el sistema jurídico que no pudiera explicar el derecho en cuestión pecaría de ineficaz y su finalidad — hacer posible el convivir social— se frustraría sin remedio.

en el mismo. Por ejemplo, se puede estipular que durante el fideicomiso se rente la casa y el producto se le pague directamente a Juan, que lo abonará a la cuenta de Pablo. También podría darse el caso de que en lugar de una casa el objeto del fideicomiso fuera una negociación mercantil. Tendría que estipularse qué ingerencia tendría Pablo en el manejo del negocio mientras dure el fideicomiso. Si se estipula que las utilidades se pagaren a Juan, tendrán que fijarse las normas contables y mercantiles que determinarían qué parte del ingreso se considerará utilidad y qué parte incrementará la reserva, etc. En cualquiera de los casos se podría fijar un precio de venta mínimo a la casa o negocio.”

“2.—El fideicomiso de herencia se puede establecer en vida del fideicomitente o a su muerte, por medio de testamento. En el primer caso *la institución fiduciaria recibe los bienes por traspaso que le hace el fideicomitente*; los administra en beneficio de éste, de los herederos o de cualquier tercero que señale el mismo fideicomitente y a su muerte entregará ya sea los frutos o la propiedad misma a los herederos fideicomisarios, según las instrucciones recibidas. En el caso en que el fideicomiso se establezca por testamento, la fiduciaria no recibe los bienes sino hasta la *muerte del testador fideicomitente.*”

“3.—En el fideicomiso de administración, el propietario entrega sus bienes a la fiduciaria, *reservándose la propiedad de los mismos por lo general, para que ésta los administre y le entregue los frutos* al mismo rentista-fideicomitente o a algún fideicomisario que designe.”

“4.—*En el fideicomiso de inversión el fideicomitente entrega dinero a la fiduciaria para que ésta lo invierta y realice determinadas cosas con el producto.* En la mayoría de los casos el fideicomitente pedirá que el producto se le entregue a él mismo y además se reservará la facultad de terminar el fideicomiso cuando mejor le parezca. Podrá también dar instrucciones precisas a la fiduciaria acerca de los valores u objetos en que se deberá invertir o podrá cuando menos, reservarse el derecho de vetar cualquier inversión.”³⁴

Los párrafos transcritos aluden todos al concepto propiedad, confirmando así el imperativo de explicar tal derecho con la deseada precisión que evite controversias o facilite —de haberlas— la resolución de las mismas. Sólo de esta manera será posible fijar en cualquier momento los derechos que correspondan al fideicomitente, fiduciario y beneficiario.

34 *Op. cit.*, págs. 174, 175, 176 y 177.

Y esta constituye la exclusiva finalidad de la investigación proyectada a determinar la naturaleza del fideicomiso; por cuanto puntualizar la esencia de una institución jurídica supone únicamente fijar los derechos y deberes que la norma atribuye a cada uno de los sujetos integrantes de la relación correspondiente.

Ahora bien, derecho subjetivo es, como se dijo, autorización de conducta que la norma otorga a un sujeto. Deber jurídico es restricción de conducta que la norma impone a otro sujeto. Los derechos subjetivos, por ende, tendrán siempre —en forma que se dijera fatal— y por definición, un titular. Igualmente el deber jurídico supondrá indefectiblemente la existencia de un sujeto pasivo. Titular y sujeto pasivo son centros de imputación de los preceptos normativos que crean derechos y obligaciones.

El fideicomiso habla de asignación de patrimonios a la finalidad perseguida. Estos patrimonios, a su vez, dicen derechos subjetivos y, en su caso, deberes jurídicos. Para unos y otros, pues, la teoría que explique el negocio en cuestión, habrá de encontrar titular y sujeto pasivo. Si el patrimonio mencionado constituyera propiedad, el titular respectivo sería por hipótesis, propietario. Concepto éste que junto con su antecedente lógico: derecho de propiedad, debe ser fijado por la doctrina del fideicomiso, para explicar el negocio en la forma pretendida.

Por ello puede afirmarse, frente a la opinión de Lajous, que el conocimiento cabal y la explicación precisa del derecho de propiedad es fundamental para determinar la esencia del fideicomiso.

Contra este aserto, la tesis doctoral sostiene que los derechos otorgados a las partes integrantes del negocio que se trata serán descubiertas mediante un análisis del contrato de fideicomiso, la ley, jurisprudencia y doctrina; dejando de lado el estéril concepto de propiedad.

De acuerdo con el método referido se analizarán brevemente —como lo exige la extensión de este trabajo— los cuatro elementos mencionados arriba.

Por cuanto al primero —contrato de fideicomiso—³⁵ basta recordar que los cuatro ejemplos ofrecidos por Lajous y transcritos anteriormente nos obligarán a determinar quiénes sean propietarios de los patrimonios correspondientes y cuál, por consiguiente, la esencia de la propiedad.

35 Cabe advertir que fuera mejor referirse al acto constitutivo del fideicomiso y no a contrato alguno, ya que la operación analizada pudiera dimanar de una manifestación volitiva unilateral como en el caso del fideicomiso testamentario.

El contrato de fideicomiso exige ineludiblemente definir el derecho de propiedad, por difícil que venga a ser dicha tarea.

El segundo elemento mencionado por Lajous —jurisprudencia— obliga también al interesado a definir la propiedad. En efecto, las principales ejecutorias —de nuestra Suprema Corte y del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales— pudieran considerarse las dictadas en los expedientes que se especifican: exp. 210/37, tomo 52 del “Semanao Judicial de la Federación”; exp. Roberto Riveroll, tomo 49 del Semanario; exp. Efraín García Sosa —tomo 108—; exp. “Mexicana de Fideicomiso”, S. A. —tomo 103—; exp. “Financiera de Construcciones, S. A.”—tomo 105.

Por cuanto a las ejecutorias de nuestro Tribunal Superior de Justicia, sobra referirse a las que se consignan en el tomo 51 de los “Anales de Jurisprudencia”: exp. Fernando Martínez vs. “Mexicana de Fideicomiso”. S. A. y exp. Margarita M. de Salas vs. Guadalupe Escobedo tercería promovida por el “Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros”, S. A.

En las resoluciones citadas el juez se ocupa por modo principal de precisar quién sea propietario de los bienes fideicomitados y, lógicamente, determinar la propiedad de un bien, requiere conocer los elementos de la misma propiedad.

Las dos primeras ejecutorias de la Suprema Corte y las del Tribunal Superior de Justicia se examinan en “Aportación al Fideicomiso”.

Las siguientes, posteriores a la edición del estudio mencionado, pueden ser consultadas en los correspondientes tomos del “Semanao Judicial de la Federación”.

Pasando ahora a las Leyes vigentes en la materia —tercer elemento propuesto por Lajous— cuyos artículos principales son todos expuestos en la tesis doctoral, puede asegurarse que cada uno de tales preceptos hace referencia a la titularidad de los bienes fideicomitados —propiedad en su caso—, y al sistema que debe seguirse en la transmisión de los mismos.

Los preceptos principales —a los cuales remitimos al lector— son: los artículos 346, 349, 351, 352, 353, 354, 356 y 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y los artículos 44 y 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito.

En lo que toca a la doctrina, Lajous le reprocha el ocuparse indefectiblemente de la propiedad de los bienes fideicomitados.

Parece, en conclusión que el análisis de las fuentes señaladas por el autor lleva fatalmente a esclarecer el concepto derecho de propiedad y determinar por necesidad la esencia respectiva.

Así lo entiende la doctrina y a ello obliga también el sistema propuesto por Lajous.

Ni pudiera ser de otro modo. Los únicos elementos que han de entregar la esencia del fideicomiso —acto constitutivo, ley, jurisprudencia, doctrina— constriñen en manera inevitable, como tarea previa que conduzca al resultado pretendido, a definir el derecho de propiedad.

Y no es otro el método que se desprende aun de la definición ofrecida por Lajous para explicar el fideicomiso.

En efecto: si el negocio fuera —como quiere dicho autor— “relación de sustitución provisional de personas para dedicar un patrimonio a un fin lícito y específico”: la tal sustitución habría de recaer forzosamente sobre la titularidad de los derechos fideicomitados; y si estos fueran de propiedad, el titular sustituido y el que lo sustituyera, sería respectivamente el propietario que asignara sus bienes al negocio y el que recibiera tal titularidad con la finalidad prevista al constituir el negocio.

Sustitución, dijimos, supone transferencia de derechos de un titular a otro; el segundo de los cuales sustituye al primero en la tal titularidad. Tratándose de propietarios, aquél suplirá a éste —fiduciario al fideicomitente, en nuestro caso— como sujeto de imputación de la norma que otorgue la propiedad relativa.

Lajous mismo, pues, alude en forma implícita al concepto de propiedad y lo da por definido al explicar el fideicomiso.

Por ello no parece congruente cierta afirmación del autor citado que dice aceptar la teoría del “patrimonio de afectación” y concebir la existencia de derechos que carecieran de titular.

Dicha afirmación, de ser apreciada en todo su valor, daría por tierra con la idea de sustitución en la titularidad de los bienes fideicomitados; pues si éstos vinieran a integrar un patrimonio autónomo al salir de manos del fideicomitente, la hipótesis misma impediría hablar de la dicha sustitución ni de transferencia o cambio alguno de su titular.

Los párrafos, además, en que Lajous expone los aspectos esenciales de su teoría no hacen referencia expresa alguna al concepto patrimonio sin dueño.

Lajous, por el contrario, insiste repetidas veces en la idea de sustitución de titulares y asimila el fideicomiso por cuanto al género —con el fin de hacer más patente su punto de vista— con la hipoteca de derecho

anglosajón, negocios fiduciarios, asociaciones en participación y, entre otros negocios más, la obligación legatoria del deudor. Todas estas figuras suponen transferencia de derechos y los cambios correspondientes en la respectiva titularidad; pero ninguna de ellas permitiría hablar ni concebir la existencia de patrimonios sin titular.

De lo expuesto hasta aquí se concluye, contra el criterio de Lajous, que la definición del fideicomiso exige un conocimiento cabal de la propiedad; concepto este cuya imprecisión científica haría inútil toda investigación sobre el particular.

La validez del aserto es evidente. Desconociendo la esencia del derecho de propiedad sería imposible esclarecer la razón por la cual los acreedores del fideicomitente no pueden, con posterioridad a la constitución del fideicomiso embargar los bienes fideicomitados. Tampoco podría determinarse el hecho por el cual el propio fideicomitente está imposibilitado jurídicamente de usar, defender o realizar actividad alguna sobre los bienes en cuestión.

Igualmente la facultad que tiene el fiduciario para defender los bienes en fideicomiso mediante el ejercicio de todas las acciones y defensas que la Ley otorga a los propietarios frente a tercero, requiere, para su conocimiento, lograr primero el de la propiedad en sí misma. Y también será indispensable para fijar por qué el propio fiduciario puede actuar sobre la cosa dentro de los fines preestablecidos, frente a todo el mundo incluyendo fideicomitente y beneficiario.

El fideicomiso sólo puede explicarse en función de que el fiduciario sea titular de los derechos fideicomitados. Si éstos son de propiedad, el titular será precisamente propietario.

Y la conclusión no es resultado de lucubraciones puramente doctrinarias. Por el contrario, se deduce de los preceptos legales vigentes que regulan la materia.

Así, el artículo 352 —L. G. T. O. C.— determina: "La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito y ajustándose a los términos de legislación común sobre transmisión de derechos, o de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso".

El artículo 353 establece: "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de Propiedad del registro público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero desde el momento de su inscripción." De estos preceptos se sigue que el fideicomitente transfiere la titularidad de los derechos que destine al negocio. Esto se confirma, además, en el artículo

351, que priva a dicho fideicomitente de todo derecho y acción sobre el patrimonio que se trata, haciendo nugatoria para los acreedores de aquél toda posibilidad jurídica de ejecutar sus créditos sobre los bienes en fideicomiso. Por otra parte, los derechos necesarios e indispensables a la finalidad del negocio se otorgan —artículo 356— a la institución fiduciaria. De donde se sigue que si la propiedad debe ejercitarse en función del objetivo correspondiente, será tal propiedad precisamente la que se atribuya a la dicha Institución:

El fiduciario, en consecuencia, aparece como tal, debe ser y es titular de los derechos fideicomitados. Así lo establece el artículo 45, Fracción C de la L. G. I. C.: “Cuando se trate de operaciones de fideicomiso por las que la Institución ejercite como titular derechos que le han sido transmitidos con encargo de realizar un determinado fin...”. No puede argüirse contra esta afirmación el hecho que el titular fiduciario no responda de sus deudas personales con el patrimonio fideicomitado. En “Aportación al Fideicomiso” examinamos el caso de los bienes transmitidos al heredero y destinados jurídicamente a la satisfacción de las deudas contraídas por el autor de la herencia. Lo mismo sucede en el fideicomiso. El patrimonio correspondiente está “afectado al fin que se destina y en consecuencia sólo podrán ejercitarse respecto de él los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran...”, según determina el artículo 351. Por la misma razón el artículo 45 citado establece: “...en ningún caso estos bienes —los fideicomitados— estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo...”

Lo cual es consecuencia de su finalidad. Para que ésta se realice es preciso que su titular los aplique a ella exclusivamente.

El patrimonio en fideicomiso tiene siempre una finalidad determinada. Constituye, como diría Lapaulle, un patrimonio de afectación. Pero no quiere ello decir que el propio patrimonio carezca de titular. Y éste, como se vió, lo es el fiduciario.

Mas los derechos de éste, que se le otorgan en función del negocio tienen que ser ejercitados obligatoriamente. El artículo 356 ordena: “La Institución fiduciaria estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo...” Esta circunstancia, sin embargo, no podrá aducirse como objeción al hecho que el fiduciario sea titular de los bienes referidos. Por el contrario, precisamente porque dicho fiduciario tiene un deber que cumplir, es menester, desde el punto de vista lógico, facultarlo para que realice su cometido.

Esta consecuencia evidente que se deriva del mandamiento legal fué examinada con la debida extensión en el capítulo décimo de "Aportación al Fideicomiso"; obra a la cual nos remitimos atendiendo a la extensión reducida de este trabajo.

La validez de la dicha consecuencia, por lo demás, no requiere para verificarse, recurrir a doctrina alguna. De la relación que existe entre los derechos del fiduciario y su deber se deduce por necesidad el hecho que el propio fiduciario es titular de los bienes fideicomitidos, si bien está obligado a ejercitar forzosamente los derechos correspondientes. La Institución fiduciaria tiene todos los derechos y acciones que hayan de ejercitarse sobre los bienes fideicomitidos y es además sujeto pasivo del deber de ejercitar tales acciones y derechos de acuerdo con la finalidad determinada para el caso.

La titularidad del patrimonio en fideicomiso sale de manos del fideicomitente, y pasa a poder del fiduciario. Pero éste debe ejercitarla obligatoriamente de acuerdo con el objetivo del negocio.

El dicho patrimonio tiene una afectación, un destino claro y preciso.

En nuestro derecho, pues, casi todos los fideicomisos suponen una transmisión de los derechos fideicomitidos.

Pero, cumple recordar la objeción opuesta a Lajous en párrafos anteriores. Pudiera darse el caso que una fiduciaria lo fuera de bienes propios asignados en fideicomiso para garantía de obligaciones determinadas. No habría, en tal situación, transferencia alguna; mas los bienes fideicomitidos constituirían patrimonio con destino especial y distinto al de el patrimonio originario de la misma fiduciaria. Esta sería, por ende, titular de los bienes fideicomitidos si bien con la obligación de usarlos necesariamente en función del objetivo pretendido.

Una definición de fideicomiso no puede referirse a transmisión alguna de los derechos fideicomitidos, porque aquella no es elemento consistente del negocio. Pero debe aludir necesariamente al hecho que, al constituirse la operación, los derechos que a ella se asignen —haya o no transmisión— cambien su modo de ejercicio de potestativo —como son siempre en manos del fideicomitente— en obligatorio— como vienen a ser cuando corresponden a un fiduciario.

La situación del negocio implica ineludiblemente una intención del fundador para producir consecuencias determinadas de derecho. El fideicomiso es, por tanto, "negocio jurídico por el cual los derechos destinados a su consecución invierten su modo de ejercicio de potestativo en obligatorio en virtud de un deber jurídico impuesto a su titular."

La definición fué ofrecida en *Aportación al Fideicomiso* y parece confirmarse en el análisis emprendido en este trabajo.

La Suprema Corte de Justicia, por su parte, estableció en ejecutoria aparecida en la página 2047 del tomo cv, del semanario judicial de la federación —“Financiera de Construcciones, S. A.”; agosto de 1950— lo siguiente: “El fideicomiso es translativo de dominio ya que por virtud del contrato el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien que es su objetivo; acciones y derechos que se transfieren a la Institución Fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito que le es encomendado . . .”.

Como se ve, la ejecutoria hace alusión a todos los elementos propuestos en la definición transcrita arriba. Y si bien habla de transmisión, lo hace debido a que el caso concreto suponía precisamente una tal transferencia del patrimonio fideicomitado. Pero en situación distinta en la cual la fiduciaria fuera también fideicomitente, ha de concluirse lógicamente que la Corte se referiría siempre al hecho que los derechos y acciones sobre los bienes fideicomitados correspondan a la misma fiduciaria pero siempre en función del cumplimiento de su deber. Es decir, la titularidad de la fiduciaria sería de ejercicio obligatorio.

Estas conclusiones no coinciden con las del licenciado Lajous. Tal se deriva de este trabajo y así lo afirma expresamente en el suyo el autor mencionado; cuyos conceptos deseáramos haber interpretado en su justo valor. Pero si al hacer el análisis relativo dimos a algunos de tales conceptos valor distinto del que su autor les otorgara, y esta circunstancia nos fuera hecha ver en forma evidente, haremos de inmediato las rectificaciones necesarias en la medida que el objetivo científico —descubrir la verdad— y la lógica lo exijan.