

A PROPOSITO DEL FIDEICOMISO

Por el Lic. Adrián LAJOUS.

En el número 8 de esta Revista, correspondiente al último trimestre de 1952, el Lic. Jorge Serrano Trasviña nos hace el favor de analizar nuestra tesis para el Doctorado en Derecho, llegando a la conclusión de que es totalmente errónea. En el último párrafo del artículo que contiene el mencionado análisis encontramos implícita una invitación a la réplica. Aceptamos la invitación y estas líneas se dedicarán a contestar al colega que se ha ocupado de nosotros.

Debemos advertir que el ejemplar de nuestra tesis que sirvió al Lic. Serrano para su refutación no contenía el texto definitivo. Por otro lado reconocemos que la responsabilidad es exclusivamente nuestra puesto que de nuestra propia mano le entregamos un ejemplar empastado y con todas las apariencias de definitivo. Sin embargo, esto no afecta la validez o invalidez de su crítica puesto que la revisión hecha por nosotros no alteró fundamentalmente nuestra definición que sirve, casi exclusivamente, a Serrano para su refutación.

En el primer texto nuestra definición decía: “El fideicomiso es una relación de substitución de personas para dedicar un patrimonio a un fin lícito y específico.” En el texto último decimos: “*El fideicomiso es una situación jurídica consistente en la substitución provisional de personas para dedicar un patrimonio, que se convierte en autónomo, a un fin pre-determinado.*” Como se verá no hay variación fundamental, para los efectos de la crítica que se nos hace.

Nuestro crítico divide nuestra definición en 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.

Por lo que se refiere al primer elemento lo considera cacofónico. Aceptamos la verdad de su aserto. Es más, nos confesamos pobres en estilo y sintaxis, amén de nuestras limitaciones en materia jurídica.

Dice también que es confusa e innecesaria. No explica en qué consiste la confusión así que pasaremos a lo de su necesidad. Creemos que no sale sobrando la palabra relación porque el fideicomiso no es —como él parece entenderlo— la substitución misma, sino la relación jurídica que, con motivo de la substitución, nace entre los diferentes elementos que integran la institución. En nuestro texto último hablamos ya de situación jurídica en lugar de relación. Esto no varía, sin embargo, nuestra definición, para los efectos de la crítica.

Dice Serrano que podríamos hablar de transmisión en lugar de recurrir al concepto substitución. No estamos de acuerdo. Si bien para substituir hace falta la transmisión no basta ésta para encontrarnos ante la situación jurídica que es el fideicomiso. Es necesario que mediante esta transmisión el substituto (léase fiduciario) tome el lugar, con ciertas restricciones, de la persona a quien correspondía el patrimonio que se ha vuelto autónomo al constituirse el fideicomiso.

Ataca también Serrano esta parte de la definición recordando que nosotros encontramos idénticas en esencia el *trust* y el fideicomiso. Dice que puesto que en el *trust* el *settlor* puede también constituirse en *trustee*, aquí no hay substitución. Este argumento que puede parecer contundente no lo es en nuestra opinión. Nuestras razones son las siguientes:

El Derecho constantemente crea instituciones definidas con elementos básicos claramente estipulados y después, por razones de carácter práctico, hace excepciones que no caben dentro de la definición general. Así crea la letra de cambio y la señala como un documento abstracto y no causal. Explica la doctrina que una vez creado el título este es pagadero por los obligados a ello, independientemente de las causas o razones que sirvieron para su nacimiento. Después de establecer la teoría de la abstracción el legislador se encuentra con un problema práctico que resuelve determinando que el obligado-demandado puede oponerse al pago fundado en la mala fe del actor quien lo condujo a suscribir la letra mediante engaños. Dicen también, norma y doctrina, que a quien gira un cheque sin tener fondos en el banco le es atribuible el delito de fraude, independientemente de las causas que lo indujeron a ello. Después, sin embargo, los jueces han absuelto a quienes han comprobado haber girado el

cheque en garantía. Nada difícil será que mañana el legislador también establezca esta distinción.

Los ejemplos antes citados nos muestran que el Derecho no puede ser rígido e inflexible y que a menudo una institución desborda autorizadamente los límites de su definición. Así, consideramos que sin variarse la definición básica del *trust*, se han llegado a aceptar excepciones que, aun cuando de una manera muy forzada, caben dentro de los límites generales de la institución. Así la costumbre, fuente del derecho anglosajón, ha autorizado esta especie de esquizofrenia jurídica mediante la cual un mismo individuo puede tener dos personalidades distintas frente a una masa de bienes. Aceptándose al caso del *settlor-trustee* como una excepción a la regla general o como una forzada auto-substitución, no nos salimos de nuestra definición. Ya en el caso de la Ley Orgánica del Banco Hipotecario Urbano y de Obras Públicas se ha operado esta circunstancia con respecto a nuestro fideicomiso. Todos estarán de acuerdo que la facultad del Banco citado de ser al mismo tiempo *fiduciario* y *fideicomisario*, constituye una excepción a la regla general que no abroga a la misma.

Dice Serrano que puesto que el *fiduciario*, al serle transmitidos los derechos del *fedeicomitente*, adquiere la obligación de ejercitarlos y puesto que este no es el caso en la *substitución*, no puede el *fiduciario* considerarse un *substituto*. Para llegar a esta conclusión, previamente ha identificado a la *substitución* con la *simple transmisión* normal de título y quizá hasta la *compraventa*. Ya que esta identificación es de su propia cosecha y no de nuestra tesis, no podemos aceptar que la aplique a nuestra definición.

Pasa entonces Serrano al segundo elemento — la *provisionalidad*. La refuta fundándose en que la fracción II del artículo 359 de la L. G. de T. y O. de C. establece una excepción a la regla contenida en la misma fracción la prohibición de que los *fideicomisos* duren más de 30 años como máximo. La excepción consiste en que siendo de orden público o institución de beneficencia o cultural el *beneficiario*, la duración puede ser mayor a 30 años. Con respecto a este argumento lo referimos a lo asentado respecto a la posibilidad de que *settlor* y *trustee* puedan ser una misma persona.

Pasando al tercer elemento de nuestra definición, Serrano dice que puesto que otras instituciones tales como *sociedades mercantiles* implican destino de *patrimonios*, este elemento no “es exclusivo del *fideicomiso*”

ni debe enunciarse por tanto como elemento esencial y distintivo del negocio . . ." No entendemos como es posible que nuestro crítico afirme que basta que un elemento de la definición no le sea atribuible *exclusivamente* a lo definido para que la definición sea inválida. Estamos seguros que si reflexiona Serrano sobre esto, estará de acuerdo en que una definición es válida en cuanto el *conjunto* de elementos que la integran sea exclusivo de lo definido. Se ha definido el derecho como un ordenamiento de la conducta humana y sería absurdo negarle validez a esta definición sólo porque la astronomía también presupone un ordenamiento.

Después señala Serrano un error en nuestro texto que debemos confesar. Contradiéndonos en nuestra tesis, habíamos asentado inadvertidamente que cierta parte de nuestra definición diferenciaba al fideicomiso de una serie de instituciones, incluyendo entre ellas al *trust*. Reconocemos el involuntario error y repetimos nuestro punto de vista de que *trust* y *fideicomiso* son, esencialmente, la misma cosa, aun cuando formalmente no lo sean.

Finalmente Serrano ataca el uso de las palabras lícito y específico. Por lo que se refiere a la palabra lícito estamos de acuerdo con él en que sale sobrando. Tan es así que la habíamos ya eliminado de nuestro texto último. Su crítica de que el calificativo específico hace tautológica la definición por no explicar en qué consiste esta característica, francamente no la entendemos. No alcanzamos a comprender cómo una omisión puede constituir una tautología. Además de que es imposible en una definición general explicar todas las múltiples finalidades que pueden tener todos los fideicomisos. En la revisión última de nuestro texto hemos usado el calificativo "predeterminado" en lugar de específico, pero para los efectos de la crítica apuntada, no existe diferencia.

En conclusión, no aceptamos las críticas de que nos hemos ocupado y volvemos a insistir en nuestra definición. *El fideicomiso es una situación jurídica consistente en la substitución provisional de personas para dedicar un patrimonio, que se convierte en autónomo, a un fin predeterminado.*

Después de dar por destruída nuestra definición, Serrano declara que le parecen insuficientes los argumentos que esgrimimos para descartar la que él propuso en la tesis mediante la cual obtuvo el grado de Licenciado en Derecho. Su definición reza "El fideicomiso es un 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."

Habíamos desechado su definición, entre otras razones, porque esta se basa en la teoría de los derechos de ejercicio obligatorio. Apuntábamos que derecho y deber son antinómicos y que si bien pueden y suelen coincidir como móviles de un mismo acto de conducta, nunca se pueden congregar y menos confundir. Añadiremos ahora: Si por derecho de ejercicio obligatorio se entiende —como explica Serrano— que quien tiene un deber tiene el derecho de cumplirlo —cosa indudablemente cierta— entonces no se ha hecho más que inventar un sinónimo de la palabra obligación, puesto que toda obligación trae aparejada implícita o expresamente el derecho de observar la conducta indispensable para cumplirla. Así, todas las obligaciones serían derechos de ejercicio obligatorio. La obligación de pagar un adeudo vencido, la de detener un vehículo ante la luz roja del semáforo, en fin, todas, absolutamente todas las obligaciones, serían derechos de ejercicio obligatorio. ¿Qué objeto, pues, ha tenido el inventar un nuevo término compuesto de cuatro palabras para decir lo que por tantos años nos ha dicho una sola — la palabra “obligación”?

Ahora bien, volvamos a la definición de Serrano. Dice que el fideicomiso es un negocio mediante el cual los derechos destinados a su consecución invierten su modo de ejercicio de potestativo en obligatorio. Esto no es exacto. No hay inversión de derechos. Desde que nace el fideicomiso, al fiduciario se le han fijado obligaciones que —claro— tendrá el derecho de cumplir. Antes del acto constitutivo el futuro fiduciario no tiene ni derechos ni obligaciones con respecto a la consecución de lo que no existe ¿Querrá acaso decir que debido a la substitución —que él no quiere reconocer— el “derecho potestativo” del antiguo titular (fideicomitente) ha sido substituído por un “derecho obligatorio” del nuevo titular (fiduciario)? O bien, ¿querrá decir que los derechos correspondientes al titular del patrimonio fideicometido no son “derechos potestativos” como lo serían si no hubiera nacido el fideicomiso, siendo en lugar “derechos obligatorios”?

Sea cual fuere el significado de la definición propuesta por Serrano, ya hemos visto que en lugar de hablar de derechos cuyo modo de ejercicio es obligatorio, bastaría hablar de obligaciones. En cualquier caso son innumerables los ejemplos de instituciones, ajenas por completo al fideicomiso, que caben dentro de cualquier significado que se quisiera dar a su definición. Para no alargar estas líneas, daremos sólo uno.

No cabe duda que un futuro esponsal tiene el derecho de proveer los alimentos de su prometida. No cabe duda también que este derecho es

potestativo. Después de celebrado el contrato de matrimonio subsiste este derecho pero, siguiendo la teoría expuesta por Serrano, este derecho “ha invertido su modo de ejercicio de potestativo en obligatorio, en virtud de un deber jurídico impuesto a su titular”. Luego pues, para Serrano, el matrimonio será un fideicomiso.

Terminaremos estas líneas sin referirnos punto por punto a los demás cargos que en forma subsidiaria nos hace nuestro crítico. No queremos cansar más al lector. Diremos sólo que el apasionamiento de Serrano ha desbordado los límites de su indiscutible talento. No se ha conformado con aquellos argumentos que, para él, destruyen el valor de nuestra definición. Ha llegado a los siguientes extremos. Cuando hemos querido distinguir entre derecho y obligación, ahondando en el aspecto subjetivo del derecho —la voluntad de ejercerlo— ha dado por hecho el que nosotros no reconocemos la existencia del derecho objetivo. Cuando hemos menospreciado el problema de encontrarle propietario a los bienes fideicometidos, ha deducido que no creemos que exista la institución propiedad y que por ende quedamos inhabilitados para usar términos tales como “traslado de dominio”, “entregas”, “traspasos”, etc.

Por último, fundaremos una vez más y en forma brevísima nuestra conclusión de que el fideicomiso es *una situación jurídica consistente en la substitución provisional de personas para dedicar un patrimonio que se convierte en autónomo, a un fin predeterminado*, en la siguiente forma:

1 . . . es una situación jurídica . . .

Aún cuando no se cuenta con connotaciones exactas e inflexibles para ambos términos, nos parece que hay una bastante clara distinción entre el negocio y la situación. El negocio parece indicar un momento fugaz. Así la compraventa cabría dentro del término. Hoy, que se celebra el contrato, A es el comprador y B el vendedor. Mañana ya no habrá relación entre ambos pues se habrá creado una nueva situación permanente para el comprador, en la cual este es el propietario. Permanente, aun cuando sea su intención vender inmediatamente, porque puede cambiar de opinión y, además, para efectos del vendedor, la situación es permanente desde que es finiquitado el negocio (la compraventa).

El matrimonio, en cambio, es una situación jurídica. No termina, sino al contrario, apenas se inicia al celebrarse el contrato matrimonial. En esta situación los contrayentes tienen un “status” que permanecerá invariable por todo el tiempo que dure la situación (el matrimonio). Lo mismo puede decirse de la sociedad. No es un simple negocio jurídico

que concluya al pactarse la sociedad. Al suceder ésto apenas nace la nueva situación que da a los participantes el "status" de socios con determinados derechos y deberes. También en el caso del fideicomiso precisa hablar de una situación. Relegarlo a la categoría de negocio es confundir el acto constitutivo con la institución completa. Desde que nace el fideicomiso los elementos integrantes adquieren el "status" de fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, enmarcados en una verdadera situación jurídica de la cual se derivan diferentes relaciones entre los integrantes; relaciones que, en cada caso, se expresan como derechos y obligaciones.

2... es provisional...

El fideicomiso es una situación provisional porque, salvo el caso de excepción a que se refiere la fracción III del artículo 359 de la Ley C. de T. y O. de C., desde su constitución se prevé su terminación, fijándose un plazo cierto o aleatorio. En ningún caso, salvo la excepción citada, se prevé, al constituir el fideicomiso, que la situación jurídica será permanente.

3... consiste en una substitución de personas...

Para comprender el alcance exacto de esta parte de nuestra definición es necesario que quien la tenga a la vista tenga una idea general de cómo funciona el fideicomiso. Efectivamente se trata de una substitución puesto que ante terceros y por lo que se refiere a los bienes fideicometidos, el fiduciario viene a substituir al fideicomitente. Sería más fácil hablar de un traslado de dominio pero esto sería falso porque, como explicaremos más adelante, el fiduciario nunca adquiere la propiedad. Precisa, pues, limitarse al término substitución.

4... para dedicar un patrimonio a un fin predeterminado...

La razón misma de la substitución que entraña el fideicomiso es la de dedicar un patrimonio a una finalidad que se fija en el acto constitutivo. Creemos que esto no requiere mayor explicación.

5... patrimonio que se convierte en autónomo...

El patrimonio se convierte en autónomo porque deja de ser propiedad del fideicomitente sin pasar nunca a ser propiedad del fiduciario. La primera circunstancia es indiscutible. La segunda es negada por algunos, entre ellos Serrano.

No es nuestra intención repetir en estas breves líneas los argumentos que expusimos en nuestra tesis doctoral para apoyar la contención de que

el fiduciario no es propietario. Nos limitaremos a decir que la tesis contraria no tiene ningún apoyo legal ni lógico. No hay nada en la ley que autorice a considerar al fiduciario como dueño. Tampoco es lógico que se le de este calificativo a quien no tiene vínculo beneficiario con los bienes fideicometidos y cuya única relación con los beneficiarios de los mismos resulta en obligaciones.

Es forzoso concluir que mientras dure esta situación jurídica —el fideicomiso— el patrimonio fideicometido no tiene dueño. Es autónomo y está dedicado a un fin, independientemente de quien lo maneje.