

## NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

Dr. MIGUEL ACOSTA ROMERO \*

### *EL ACTO JURÍDICO Y LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO*

En México la legislación es poco clara para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso; desde luego, los pocos artículos de la ley cambiaría, que se ocupan del fideicomiso; y que desde el origen de éste lo regula, no proporcionan mucha luz acerca de cómo puede ser clasificado el fideicomiso lo cual ha dado origen a polémicas sobre el tópico.

La doctrina mexicana se encuentra muy dividida sobre el particular, según veremos más adelante, y esta desorientación debe atribuirse fundamentalmente, a nuestro modo de ver, a la imprecisión de las teorías sobre los actos jurídicos, por lo que trataremos de determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso de manera metodológica.

El *trust* como institución del derecho de equidad, surgió en Inglaterra desde el siglo XII y su evolución abarca ya aproximadamente siete siglos, de donde es claro deducir que en el sistema inglés y en el norteamericano sus perfiles están bien definidos.

El fideicomiso mexicano tiene alrededor de sesenta años de haberse introducido de manera efectiva en nuestro sistema legal y naturalmente tiene perfiles propios; pero para su interpretación la doctrina acude con frecuencia al estudio jurídico comparativo del *trust*, como lo hace Batiza.

En el estudio que haré a continuación trataré de seguir el método lógico-jurídico y aun cuando este trabajo no pretende ser de teoría general de Derecho, ni su objetivo es el fijar conceptos jurídicos fun-

\* Ex director de la Facultad de Derecho de la UNAM, Profesor de Carrera de la misma.

damentales, tendré necesariamente que hacer referencia a lo que los autores llaman negocio fiduciario. Primero trataré de determinar lo que la doctrina entiende por negocio jurídico y su crítica.

Después trataré de determinar si existe negocio fiduciario, negocio de fiducia o negocio fiduciante, como también se le ha llamado y expondré mi criterio sobre el particular.

### *LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO*

La teoría del negocio jurídico está íntimamente relacionada con los hechos o fenómenos jurídicos y su clasificación.

Es conveniente aclarar desde ahora que, por lo menos en México y en muchos países de tradición latina, no está reconocida en la legislación la expresión negocio jurídico, y si lo está, no tiene el concepto de limitación precisa.

En consecuencia, como primera cuestión es conveniente dejar precisado, que, por lo menos en los países citados se trata más bien de una cuestión teórica que a mi modo de ver, más que aclarar los conceptos, origina imprecisión, no aporta ninguna utilidad práctica y sí contribuye en mucho a la confusión, sobre todo de estudiantes y de personas poco compenetradas, de la doctrina jurídica.

La misma palabra negocio en el uso común del lenguaje corriente, implica ocupación, actividad, tarea, empleo, gestión lucrativa, acción o efecto de negociar o comerciar y en el uso común y corriente tal es la idea que se tiene de negocio.

Ahora bien, su uso en la teoría jurídica es una pretendida innovación de la doctrina, como muy bien lo apunta Cabanellas:<sup>1</sup> "Es un concepto que trata de ser innovador, de importación germánica e italiana, tal vez para sustituir al nombre más clásico o anticuado para los innovadores, que utilizan la tradición jurídica francesa y de los países que la siguen."

Cito en seguida algunas definiciones proporcionadas por los autores que siguen la doctrina del negocio jurídico.

<sup>1</sup> CABANELLAS, Guillermo, y ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Diccionario enciclopédico de derecho*, t. IV-J-O 12a. ed. 1979, Editorial Heliasta, S.R.L., p. 534.

Para Branca:<sup>2</sup> "Negocio Jurídico es una expresión de voluntad (expresión de la propia autonomía, llamada negocial, del hombre) destinada a un fin práctico que por virtud de la ley más o menos cabal realización: lo que equivale a decir que el ordenamiento jurídico, en vista de la legitimidad del fin, al que corresponde una función (la causa del negocio, núm. 55) y que, por esa razón, dada su fisonomía, es digna de tutela, le otorga las consecuencias jurídicas más adecuadas para realizarlo."

Más adelante, el mismo autor reconoce que el negocio jurídico es una abstracción o una categoría lógica, lo cual en el fondo implica que no está reconocida por el derecho positivo.<sup>3</sup>

Para Castan, el negocio jurídico es "un acto integrado por una o por varias declaraciones de voluntad privada dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece."<sup>4</sup>

Para Windscheid, el negocio jurídico es la "declaración de voluntad de una persona, en virtud de la cual quien la hace se propone crear, modificar o extinguir un derecho o una relación jurídica".<sup>5</sup>

El autor argentino Héctor Negri<sup>6</sup> lo define como sigue:

"Dentro del esquema general de hechos jurídicos voluntarios lícitos, la doctrina ha destacado cierta clase especial de hechos, que revistiendo de esos tres caracteres comunes (juristicidad, voluntariedad y licitud), tienen aún el siguiente atributo: el hecho humano en el que coinciden de alguna manera para producir efectos en derecho, precisamente aquellos efectos, que de preferencia han de serle imputados, estos he-

<sup>2</sup> BRANCA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho privado*, traducción de la 6a. edición italiana por Pablo Macedo, 1978, Editorial Porrúa, p. 51.

<sup>3</sup> BRANCA, Giuseppe, *op. cit.*, p. 51. "El negocio jurídico, en torno al cual, la doctrina y la práctica han recogido todo un conjunto de principios, es una abstracción, o mejor dicho, una categoría lógica que la esclarecen o a los que se ligan los casos negociables concretos. Debe notarse, empero que es una lógica jurídica, y por tanto perfecta e inalterable, aunque adaptable a la práctica y en ocasiones notabilísima."

<sup>4</sup> CABANELLAS, Guillermo, *op. cit.*, t. IV-J-0, 12a. ed. 1979, Editorial Heliasta, S.R.L., p. 535.

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> En el trabajo denominado *Negocio jurídico en la doctrina germana alemana*, en la Enciclopedia Omeba, t. XX, Muti-opci, Editorial Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, p. 236.

chos así definidos por esta última particular cualidad se llaman negocios jurídicos.”

En México los principales defensores de la doctrina del negocio jurídico puede decirse que son los doctores Raúl Ortiz Urquidi y Miguel Villoro Toranzo.<sup>7</sup> En efecto, para el primero el vocablo *negotium* se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo Derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico-jurídico. Por ello, no se introduce directamente en la ciencia jurídica sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico; entonces se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos (*negotium contractum, sinallagma*).

Asimismo el doctor Ortiz Urquidi reconoce que este concepto es una figura básica de la dogmática del Derecho privado y al reconocer tal característica y que sólo ha sido aceptada fundamentalmente en las doctrinas alemana, austriaca y belga, también reconoce sus limitaciones, en efecto, dice:

“El negocio jurídico como término técnico. La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática del derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny). Puede destacarse como decisiva la obra de Savigny, que utilizando como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico, estudia unitaria y detalladamente la problemática del negocio jurídico; cuya distinción respecto del concepto del acto jurídico resultará desde entonces evidente (Puchta). De modo que, ya en la primera mitad del siglo XIX, el concepto de negocio jurídico puede considerarse generalmente recibido en las doctrinas alemana, austriaca y hasta en la belga de la época (Warkienig). La legislación tarda algo más en utilizarlo, pero pronto el Código Civil de Sajonia, de 1863, lo recoge y lo define como concepto técnico, diciendo: “Un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica.”

En cuanto a las bases para la distinción precisa entre acto y negocio jurídico, el autor, en cita, señala:

<sup>7</sup> ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil*, Parte General, prólogo del doctor Roberto L. Mantilla Molina, 1977, Editorial Porrúa, S. A., Miguel Villoro Toranzo, 4a. ed., 1980, Editorial Porrúa, S. A., p. 237.

“Hemos pensado que para distinguir pulcramente entre hechos, actos y negocios jurídicos, no hay sino tomar en cuenta la intervención de la voluntad presencia o ausencia de ella —en estos dos momentos: *a*) en la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir, y *b*) en la producción de las consecuencias jurídicas.”

*Acto jurídico.* Pero volvamos a nuestro tema.

En el hecho, ya dijimos, no interviene la voluntad ni en la realización del acontecimiento ni en la producción de las consecuencias. En el acto —y así se distingue del hecho— la voluntad interviene sólo en la realización del acontecimiento —primer momento— mas no en la producción de efectos segundo momento— no obstante lo cual éstos se producen.

### *Negocio Jurídico*

“En cambio, en el negocio, la voluntad interviene en los dos citados momentos: en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas. El ejemplo típico es el contrato, pues voluntariamente lo realizan quienes lo celebran —primer momento— y los propios contratantes están deseando al celebrarlo —segundo momento— la producción de las correspondientes consecuencias jurídicas, *verbigracia*: el comprador y el vendedor voluntariamente celebran el contrato de compraventa, e indiscutiblemente que lo hacen con la innegable intención de que se produzcan, entre otras y como principales consecuencias jurídicas, la de adquirir el uno la propiedad de la cosa y el otro el precio.”

En cuanto hace a las ideas del doctor Villoro, expuestas en su obra *Introducción al estudio del Derecho*,<sup>8</sup> afirma:

“Sin embargo, la distinción entre actos jurídicos —aunque aceptada ya por tratadistas no sólo alemanes (Gustavo Hugo, Federico Carlos de Savigny, Bernardo Windscheid, Enrique Dernburg, Andres Von Thur y Enneccerus-Nipperdey, sino también italianos (Salvador Pugliatti, Francisco Ferrara, Francisco Canelutti, Vittorio Scialoja, Emilio Betti, Mario Rotondi y Giuseppe Stolfi), españoles (Felipe Sánchez Román, Felipe Clemente de Diego, José Castán Tobeñas y Federico Puig Peña) y sudamericanos (A. T. de Freitas y Arturo Orgaz)— no ha sido aun

<sup>8</sup> VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, 4a. ed., Editorial Porrúa, S. A., pp. 364 y 365.

suficientemente acogida ni ofrece bastante claridad, de suerte que algunas legislaciones de este siglo continúan prescindiendo de ella e insisten en el "gravísimo defecto", al decir de Freitas, de legislar sobre materias de aplicación general como si fueran exclusivas de los contratos y testamentos."<sup>9</sup>

Nuestro Código Civil dice: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

"No obstante lo que dice nuestra ley, es evidente que no se puede dar el mismo tratamiento al acto jurídico propiamente dicho y al negocio jurídico. En el primero, las normas jurídicas deben limitarse a reconocer la responsabilidad que tiene el sujeto sobre las consecuencias jurídicas de su acto; en tanto que, en el negocio jurídico, las normas tienden además a verificar si se dieron todos los elementos necesarios para su nacimiento y para proteger sus efectos. En efecto, el negocio jurídico es, según definición de Emilio Betti.<sup>10</sup>

"El acto de autonomía privada reconocido por el Derecho como productos del nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas entre particular y particular. El negocio jurídico es un acto creador de Derecho, es fuente formal secundaria y subsidiaria de la ley.<sup>11</sup> Como tal, el Derecho lo sujeta a determinadas formas solemnes y, una vez nacido, lo protege coactivamente en sus consecuencias."

Cabe señalar que otros autores, dentro de la tradición jurídica mexicana, no recogen el concepto de negocio jurídico. Puede citarse a Rojina Villegas,<sup>12</sup> a Rafael de Pina,<sup>13</sup> y en el Derecho extranjero, podemos citar a Eugene Gaudemet.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> ORGAZ, Arturo, *Hechos y actos a negocios jurídicos*, Zavalia, Buenos Aires, 1968, p. 52.

<sup>10</sup> *Teoría general del negocio jurídico*, 2a., ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 39.

<sup>11</sup> *Cfr.* lo que dijimos de los convenios y de la declaración unilateral de la voluntad como fuente de derecho, pp. 181 a 185.

<sup>12</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano, Introducción y personas*, t. 1, 3a. ed., Editorial Porrúa, S. A., 1980, pp. 143 a 176, y *Derecho civil mexicano, "Obligaciones"*, t. V, vol. II, 3a. ed., Editorial Porrúa, S. A.

<sup>13</sup> DE PINA, Rafael, *Derecho civil mexicano, "Obligaciones Civiles-contratos en general"*, vol. III, 4a. ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1977.

<sup>14</sup> GAUDEMET, Eugene, *Teoría general de las obligaciones*, traducción y notas de Derecho mexicano, por Pablo Macedo, 1977, Editorial Porrúa, S. A., pp. 37 y ss.

Resumiendo, puede afirmarse que los tratadistas que reconocen el concepto de negocio jurídico lo definen como un hecho consistente en una manifestación de voluntad, para producir efectos reconocidos por el orden jurídico y además lícitos.

En contraposición con la doctrina del negocio jurídico está toda la teoría derivada del sistema francés que clasifica los hechos jurídicos en naturales y del hombre, y a estos últimos, en hechos en estricto sentido y actos jurídicos.

En este sentido es casi unánime la doctrina francesa y gran parte de la doctrina mexicana, ya que consideran el acto jurídico como un hecho del hombre, consistente en una manifestación de voluntad que tiene la intención de crear efectos de Derecho como son crear, transmitir, modificar, declarar o extinguir derechos y obligaciones.

A partir de este concepto, tanto la doctrina como la legislación han establecido las bases para su desarrollo y en cierta forma está reconocido en nuestro derecho, en los artículos 1772 y 1793 del Código Civil del Distrito Federal de 1928, al establecer que convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y que los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Como puede observarse, la terminología sobre el negocio jurídico es sensiblemente similar a la del acto jurídico; casi podríamos afirmar que la doctrina que insiste en esta distinción lo que hace es cambiar la palabra negocio por la palabra acto, pues en cuanto a los efectos que originan, coinciden en que son la producción de derechos y obligaciones. Ahora bien, en cuanto al uso mismo de la palabra negocio, ya vimos que es discutible y confusa y que inclusive en el idioma francés no existe una palabra parecida a la latina *negotium*, como en el español, pues como dice Cabanellas *affaire* es para los franceses negocio, sólo que en las esferas mercantiles y en las de los escándalos morales y de dinero.

En seguimiento de esta tónica, puede apreciarse que los tratadistas pretenden dar un contenido muy específico a la expresión negocio jurídico, por lo que para comprender su connotación, habría que estudiar a fondo esta doctrina, que es en sí, según creemos, un tanto discutible.

El negocio jurídico no está formalmente reconocido en la mayor parte de la legislación del mundo y para ser más preciso, el negocio jurídico no está reconocido como tal, ni definido en el sentido en que lo hacen los autores, en ninguna disposición legal mexicana.

El doctor Ortiz Urquidi reconoce que la regulación legislativa sólo ha sido aceptada por escasos países y cita los artículos 81 y 158 del Código Civil Brasileño y los artículos 127 y 289 del Código Civil Griego, y también afirma que en contraste con esa acogida, está la franca resistencia de la doctrina francesa a adoptar este concepto.<sup>15</sup>

Es un hecho comprobado que la teoría del negocio jurídico como lo señala Negri, parte de un criterio general de indeterminación,<sup>16</sup> lo cual, la hace vulnerable precisamente por su carácter indeterminado y en cierta forma, por su falta de originalidad ya que según reconoce Stofl, "durante casi dos siglos, la doctrina ha elaborado tan profundamente la teoría del negocio jurídico que sería vano tratar de definirlo de una forma original".<sup>17</sup>

Consecuentemente, la pretendida innovación del concepto de negocio jurídico, no es una aportación novedosa ni definida a la teoría del acto jurídico y en última instancia, únicamente consistiría en cambiar, los términos de negocio por acto<sup>18</sup> razón por la cual se debe rechazar tal concepto.

Una vez expuesta mi opinión sobre el concepto negocio jurídico analizaré enseguida la cuestión de si al fideicomiso se le puede calificar como tal.

Los autores mexicanos, con una persistencia notable y coincidente, afirman que el fideicomiso es un negocio jurídico.

En esto coinciden Octavio Hernández, Mario Bauche Garciadiego, el doctor Raúl Cervantes Ahumada, Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Jorge Serrano Trasviña y José M. Villagordoa Lozano, principalmente.

En efecto, para Villagordoa "en nuestro Derecho se ha reconocido y reglamentado el fideicomiso, que es una especie de negocio fiduciario; es así como el Derecho positivo mexicano va comprendiendo dentro

<sup>15</sup> ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho civil general*, prólogo del doctor Roberto L. Mantilla Molina, 1977, Editorial Porrúa, S. A., p. 238..

<sup>16</sup> *Op. cit.*, pp. 257 y 258.

<sup>17</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX, p. 237.

<sup>18</sup> Estimo que en principio lo reconoce el doctor Ortiz Urquidi al expresar: "Pero sea como sea, el caso es que la expresión negocio jurídico ha tomado carta de naturalización en México, pues frecuentemente se usa en la cátedra, en la literatura jurídica, en el foro y en los tribunales y por ello pensamos que lejos de desecharla debe fomentarse su uso, no sólo por lo que esto significa en punto al enriquecimiento del lenguaje de nuestra ciencia", ORTIZ URQUIDI, Raúl, *op. cit.*, p. 238..



de su ámbito, las nuevas formas contractuales, desconocidas para su derecho tradicional".<sup>19</sup>

Para Jorge Alfredo Domínguez, el fideicomiso es un negocio jurídico por la diversidad tan grande de fines que pueden perseguirse con el mismo, el campo tan amplio en el que actúa la autonomía de la voluntad y por las múltiples posibilidades que ofrece esta figura, y por ello, afirma contundentemente que el fideicomiso debe considerarse como una especie de los negocios jurídicos.

"La simple letra de los quince artículos que se contiene en el capítulo de la LTOC, correspondiente al fideicomiso, pone inmediatamente de manifiesto el campo tan grande en el que pueden desplazarse la autonomía de la voluntad privada, cuando tiene lugar la celebración de una de esas operaciones; más aún, precisamente por ello, no hay otra figura jurídica en toda la legislación perteneciente al Derecho Privado Mexicano que cuente con la versatilidad de ésta."<sup>20</sup>

Aun cuando en las conclusiones<sup>21</sup> afirma que el fideicomiso está compuesto de dos diversos negocios, uno, el constitutivo que es una declaración unilateral por la que el fideicomitente manifiesta su voluntad, en el sentido de destinar ciertos bienes a la realización de un fin lícito y determinado; y otro, "este sí un contrato, que admite denominarse "de ejecución de fideicomiso", por el que la fiduciaria se obliga, con quien lo celebra, a llevar a cabo todos los actos tendientes a la realización de ese fin", evidentemente aparece una contradicción, pues en la primera parte de su tesis, habla de que es un negocio jurídico y en la segunda, de que son dos, más adelante nos referiremos tanto a la manifestación unilateral de voluntad, como al contrato, pero desde ahora, creemos que no podríamos compartir la teoría "del contrato de ejecución de fideicomiso", pues en principio se estaría creando una nueva categoría de contratos, que serían, siguiendo las ideas del doctor Domínguez Martínez, "los contratos de ejecución".

Para Octavio Hernández, el fideicomiso también es un negocio jurídico; sin embargo, señala que es "didácticamente contraindicado pretender dar la definición o tan siquiera el concepto de fideicomiso o abordar el estudio de su naturaleza jurídica, antes de hacer la descrip-

<sup>19</sup> VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina general de fideicomiso*, Ed. Asociación de Banqueros de México, 1976, p. 66.

<sup>20</sup> DOMÍNGUEZ, Jorge Alfredo, *El fideicomiso ante la teoría general del negocio*, 2a. ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1975, pp. 34 y 35.

<sup>21</sup> DOMÍNGUEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 241 y 242.

ción detallada de su constitución y de su funcionamiento sin cuya comprensión, aquellos serían difícilmente entendidos".<sup>22</sup>

Mario Bauche Garciadiego,<sup>23</sup> apriorísticamente afirma: "el fideicomiso es un negocio jurídico que está cobrando mayor importancia cada día en nuestro país", y más adelante agrega: "como ya lo he indicado mediante el fideicomiso, una persona física o moral destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, encomendado a una institución fiduciaria llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona".

"Por virtud de este negocio jurídico, el bien o el derecho salen de la esfera patrimonial de quien lo constituye —fideicomitente— para que su titularidad pase a la institución y para los fines que haya determinado el autor del fideicomiso. Es una modalidad especial del cambio de titular de los bienes o derechos y se le llama "patrimonio fideicomitado".

En igual sentido pueden consultarse Jorge Serrano Trasviña,<sup>24</sup> y también Rodríguez y Rodríguez en su Curso de Derecho mercantil.<sup>25</sup>

Como se colige de las transcripciones de los distinguidos autores que se han ocupado de esta cuestión, hay cierta unanimidad al considerar el fideicomiso como negocio jurídico, pero no explican por qué lo consideran como tal, con la excepción del doctor Domínguez Martínez.

Ahora bien, si he negado la categoría meramente teórica de los fenómenos jurídicos que en la doctrina alemana e italiana se conoce con el nombre de negocio jurídico, lógicamente y para ser consecuente con ese pensamiento, no debe aplicarse tal terminología al fideicomiso, pues además de que no resulta práctica, no ha sido aceptada por el uso mercantil y bancario de nuestro país. Tanto es así, que en la experiencia diaria, no se ha observado que en un solo documento, se diga negocio de fideicomiso constituido por "X" o "Z" persona, al contrario en la práctica diaria se habla de contrato o convenio de fideicomiso.

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ, Octavio A., *Derecho bancario mexicano-Instituciones de crédito*, 1956, t. II, p. 249.

<sup>23</sup> BAUCHE GARCADIIEGO, Mario, *Operaciones bancarias, activas y pasivas y complementarias*, 3a. ed., aumentada y actualizada, 1978, Editorial Porrúa, S. A.

<sup>24</sup> TRASVIÑA SERRANO, Jorge, *Aportación al fideicomiso*, México, 1950, pp. 326 y ss.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Editorial Porrúa, S. A., México, pp. 351 y ss.

### LA DOCTRINA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

En la doctrina, sobre todo en la extranjera y en aquellos países en los cuales no se ha introducido todavía el *trust* anglosajón, ni el fideicomiso, ni una figura equivalente, se ha desarrollado toda una corriente para definir lo que llaman negocio fiduciario y que consiste en aquel acto celebrado por particulares no previsto expresamente por la ley —con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad querida por las partes—, y que consiste en que una de ella entrega bienes a otra, para que esta última cumpla con ellos una finalidad, y que ésta, sólo será efectiva si aquél que recibe los bienes, obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación.

En los países en donde está reconocido el *trust* o en su caso el fideicomiso, estas figuras llenan el vacío existente en otros ámbitos, de un instrumento jurídico mediante el cual, una persona puede entregar a otra determinados bienes para cumplir ciertos fines lícitos.

En consecuencia, en esos sistemas jurídicos dichas figuras están reguladas expresamente por el derecho, delimitadas sus características, sus efectos y la forma de crearlas y extinguirlas, en consecuencia, en países como el nuestro y en aquellos en que se acoge el *trust* o el fideicomiso, el llamado negocio fiduciario resulta un concepto exótico que linda mucho con la simulación de actos jurídicos.

En efecto, se puede citar por ejemplo en México al doctor Octavio Hernández,<sup>26</sup> que habla de negocio fiduciario es negocio indirecto de la manera siguiente: “negocio fiduciario es negocio indirecto no tipificado por el Derecho, integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros, y otro negocio jurídico oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido sólo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos no coinciden”. para después concluir que es secreto, que persigue un fin ilícito y oculto, que no se halla reglamentado por el Derecho y que en el mismo puede participar cualquier persona que es indirecta y atípica.<sup>27</sup>

Postura similar adopta Villagordoa Lozano, quien también habla de este tópico y de las figuras atípicas-innominadas y muy especialmente de los negocios fiduciarios.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> HERNÁNDEZ, Octavio, *Derecho bancario mexicano-Instituciones de crédito*, MEXICO, 1916, t. II, pp. 245 a 248.

<sup>27</sup> HERNÁNDEZ, Octavio, *op. cit.*, pp. 248 a 249.

<sup>28</sup> VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, Asociación de Banqueros de México, 1976, pp. 89 a 93...

Domínguez Martínez en su obra ya mencionada también habla de negocio fiduciario y lo concibe como "aquél acuerdo mediante el cual un sujeto trasmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otro, y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló, y lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero".<sup>29</sup> También habla este autor de la dualidad de relaciones de la licitud o ilicitud del mismo y también del negocio simulado y expone en las páginas 178 y 179, por qué el fideicomiso es un negocio fiduciario y en la 181 también establece distinciones entre ambos conceptos con lo cual la imprecisión se acentúa.

Gran parte de la doctrina hace referencia a la llamada sustitución fiduciaria<sup>30</sup> para tificar este concepto.

La doctrina del negocio fiduciario ilícito, atípico, simulado<sup>31</sup> creemos que no tiene ninguna relación con el fideicomiso, pues mediante éste, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, con los efectos, modalidades, límites y consecuencias que el régimen jurídico establece.

Por tanto, el fideicomiso es una figura atípica, lícita, legal y perfectamente reglamentada, y en consecuencia, no parece lógico ni congruente, compararla con actos simulados ni con figuras que con otros países, en los cuales no se ha adoptado legalmente una institución similar al *trust* ni al fideicomiso.

<sup>29</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 167.

<sup>30</sup> Véase el trabajo del doctor CARRANZA, Jorge A., *Negocio Fiduciario* en Enciclopedia Omeba, t. XX, Muti-opci, pp. 22 a 230.

<sup>31</sup> Así lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siguiente precedente: Ilicitud de los negocios fiduciarios. La venta en garantía de un préstamo es un negocio fiduciario prohibido por la ley. Sólo es lícito el fideicomiso expreso, con intervención de las instituciones de crédito autorizadas para operar como fiduciarias. El acreedor no puede apropiarse por sí y ante sí de los bienes dados en garantía, sin los procedimientos señalados en nuestras leyes y los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo, son objeto de una simulación parcial y nulos por lo tanto. En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de la operación disimulada, debiendo restituirse las partes las prestaciones que mutuamente se hubieren hecho, de conformidad con los artículos 1680, 1682 y 1686 del Código Civil del Estado de Guanajuato, que es el del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884. Ma. Guadalupe López Torres, 31 de agosto de 1962, SJF, vol. LXII, Cuarta Parte, p. 93.

Al hacer el estudio paralelo del llamado negocio fiduciario con el fideicomiso, a lo único a lo que se contribuye es a la dispersión de conceptos y a su imprecisión.

Ahora bien, si por típico se entiende un acto jurídico definido por las leyes, precisado por las mismas y con modalidades, requisitos y circunstancias que el propio régimen jurídico va determinando, el contrato de fideicomiso en México es típico porque está delineado y determinado por el orden jurídico.

### *EL FIDEICOMISO Y LA MANIFESTACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD*

Hay un gran sector de doctrina mexicana que afirma que el fideicomiso puede ser constituido por un acto unilateral de voluntad, o que es un acto unilateral de voluntad, así el doctor Domínguez Martínez<sup>32</sup> afirma: "El fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud de la cual éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de este fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello".

Y agrega: "El fideicomiso en general está compuesto de dos diversos negocios: 1. el constitutivo que es una declaración unilateral por la que el fideicomitente manifiesta su voluntad en el sentido de destinar ciertos bienes a la realización de un fin lícito y determinado".<sup>33</sup>

La confusión sobre la naturaleza del acto que crea el fideicomiso, estimamos, se deriva de la redacción que dio el legislador a dos artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que son el 350 y 352, que a la letra dicen:

<sup>32</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 188 a 241.

<sup>33</sup> En este sentido véase también la opinión del doctor CERVANTES ARUMADA, *Títulos y operaciones de crédito*, 10a. ed., Editorial Herrero, S. A., México, 1978, pp. 299 y ss.

Artículo 350. "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario, o en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieron ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse, salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuese posible esta sustitución, cesará el fideicomiso".

Artículo 352. "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso."

Por lo que toca a la cuestión de si el fideicomiso puede constituirse por acto unilateral de voluntad, los autores son poco claros al afirmar que existe fideicomiso por el hecho de que el fideicomitente lo constituya, aunque la fiduciaria no lo haya aceptado, y esto parece más bien un sofisma a la luz de la lógica jurídica.

Por orden lógico analizaré primero los efectos de la declaración unilateral de voluntad y después compararé esa figura con el fideicomiso.

#### *LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES*

Es una cuestión debatida y curiosamente también es la doctrina alemana la que se preocupó primeramente de ello, y hay dos vertientes, aquella que considera la voluntad unilateral como una fuente general de las obligaciones y la otra, que sostiene que la voluntad unilateral sólo puede ser fuente excepcional de las obligaciones, en los casos en que específicamente lo reconoce la ley, posición con la que concordamos totalmente.

Los códigos civiles de Alemania, Italia y Suiza, así como el de México, recogen la declaración unilateral de voluntad como obligatoria sólo en los casos en que la ley así lo considera; en Francia y en España, los códigos civiles no regulan este aspecto.<sup>34</sup>

Consideramos que el pensamiento del extinto maestro De Pina, es suficientemente claro sobre la materia, por lo cual lo seguimos:

Podemos recordar también a este respecto la opinión de Valverde<sup>35</sup> según la cual no todas las promesas unilaterales deben ser declaradas obligatorias, sino solamente aquellas que, como dice Geny, parezcan indispensables para alcanzar un resultado socialmente deseable e imposible de obtener prácticamente de otro modo cuando, además, no sean susceptibles de engendrar una incertidumbre de propiedad, por demasiado perjudiciales al crédito”.

Los autores han tratado ampliamente este tema, disertando abundantemente acerca de la conveniencia e inconveniencia de admitir la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.

Ahora bien, como el Código Civil vigente para el Distrito Federal la ha establecido como tal expresamente, el debate ha perdido para nosotros gran parte de su interés.<sup>36</sup>

Entre nosotros, la voluntad unilateral es una fuente legal de las obligaciones civiles. Parezca bien o parezca mal, esta es la realidad legislativa a que estamos sujetos.

<sup>34</sup> Para una explicación más amplia, véase DE PINA, Rafael, *Derecho civil mexicano*, vol. III, 4a. ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1977.

<sup>35</sup> *Tratado de Derecho civil español*, t. III, p. 235.

<sup>36</sup> En la *Exposición de Motivos* redactada por la comisión que formuló el anteproyecto de este código, leemos: “. . . la comisión de acuerdo con la opinión de los autores de los códigos modernos y con la de notables publicistas, reglamentó las obligaciones que nacen por declaración unilateral de la voluntad, como son las ofertas al público, las promesas de recompensa, las estipulaciones en favor de tercero, etcétera, ya que estando generalizadas en nuestro medio, era necesario ocuparse de ellas. Estas relaciones jurídicas no cabían dentro de la forma clásica de los contratos, porque se conceptúa que existe obligación de cumplir una oferta pública, de prestar la estipulación a favor de un tercero y la obligación que ampara el título al portador, aún antes de que aparezca claramente la voluntad del creador de la obligación, y no se comprende por qué una persona capaz de obligarse con otra no pueda imponerse voluntariamente una obligación o constreñir su conducta antes de que tenga conocimiento de que su oferta va a ser aceptada, de que el tercero admite la estipulación que lo beneficia o de que los títulos entren en la circulación”.

La solución del discutidísimo debate que durante tantos años se dio ha sido acertada. El legislador mexicano hubiera hecho mal en negar a la voluntad unilateral el valor de fuente de las obligaciones, pues si hubiera procedido de esta manera, habría cerrado los ojos a nuestra realidad social, donde esta voluntad era reconocida como fuente de obligaciones, antes de haberlo sido expresamente reconocido por la ley.

Como expresiones unilaterales de la voluntad, productoras de obligaciones, regula el código para el Distrito Federal las siguientes (artículos 1860 a 1881): a) El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, b) El compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público de realizar alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio,<sup>37</sup> c) La apertura de concurso en que haya promesa de recompensa para quienes llenaron ciertas condiciones, con fijación de un plazo, d) La estipulación contractual en favor de tercero.

Continúa diciendo el doctor De Pina: "La manifestación unilateral de la voluntad, de acuerdo con al interpretación corriente de nuestro ordenamiento civil, sólo es eficaz tratándose de los casos expresamente autorizados, sin que sea posible dar eficacia alguna a manifestaciones distintas de las reguladas directamente por el legislador".

"Sobre esta cuestión la doctrina nacional no es, sin embargo, uniforme, pues se encuentra frente a frente, en posición irreductible, los dos civilistas mexicanos más caracterizados, Borja Soriano y Rojina Villegas: para Borja Soriano, las únicas manifestaciones unilaterales de la voluntad eficaces por ser legalmente reconocidas por nuestra legislación civil, son las nominadas, es decir, aquellas que el código civil admite y regula; por el contrario, Rojina Villegas sostiene que existe la posibilidad legal del formular manifestaciones unilaterales de la voluntad innominadas, considerando como tales, el acto dispositivo unilateral gratuito, la oferta libre a persona indeterminada y la promesa abstracta de deuda."<sup>38</sup>

<sup>37</sup> En este caso si el acto señalado por el prominente fuere ejecutado por más de un individuo, tendrá derecho a la recompensa; I. El que primero ejecutare la obra o cumpliera la condición. II. Si la ejecución es simultánea, o varios llenan al mismo tiempo la condición, se repartirá la recompensa por partes iguales. III. Si la recompensa no fuere divisible, se sorteará entre los interesados.

<sup>38</sup> DE PINA, Rafael, *Derecho civil mexicano*, vol. III, 4a. ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1977, pp. 67, 68 y 69.



De lo expuesto inclusive por la doctrina de Rojina Villegas, se considera como manifestación unilateral de voluntad además de los casos citados, el testamento, que tiene determinados efectos jurídicos. En materia mercantil, la ley reconoce efectos a la manifestación unilateral de voluntad, en: la emisión por parte de sociedades anónimas o de instituciones de crédito, de obligaciones (no menciono las cédulas hipotecarias porque ya no existen en nuestro medio jurídico) bonos hipotecarios y financieros, bonos bancarios y certificados de participación).

El artículo 213 de la LGTOC en su primer párrafo dice: "La emisión será hecha por declaración de voluntad de la sociedad emisora que hará constar en acta ante notario..." y todos los efectos, características, modalidades, ectétera, están regulados en los artículos del 208 al 228.

Para los certificados de participación el artículo 228 m del mismo ordenamiento, señala, que "la emisión se hará previa declaración unilateral de voluntad de la emisora, expresada en escritura pública...", y todos los derechos y obligaciones, modalidades, etcétera, están regulados en los artículos 228 y 228 b.

Como puede observarse, nuestro sistema jurídico cuando establece la figura de la manifestación unilateral de voluntad, la reconoce expresamente y le señala cuáles son sus efectos y hasta ahora no se ha pretendido que exista la declaración unilateral de voluntad tácita.

En ninguno de los artículos que regulan el fideicomiso se utilizan las palabras "manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente" a la que el sistema legal le reconozca el efecto de constituir el fideicomiso, de donde es dudoso deducir la conclusión como lo afirma categóricamente el doctor Domínguez Martínez, de que el fideicomiso es una manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente, pues ello no se desprende, ni de los antecedentes legales del fideicomiso en México, ni tampoco del pensamiento del legislador.

Como lo veremos en seguida, el redactor de los artículos relativos al fideicomiso de la LGTOC de 1932 es el señor licenciado Pablo Macedo y en un estudio que se comentará más adelante, jamás llega a afirmar que en concepto del legislador, el fideicomiso pudiera constituirse por manifestación unilateral de voluntad.

La simple manifestación unilateral de voluntad no trasmite los bienes o derechos, pues para que esta transmisión se realice, es necesaria la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes.

En consecuencia, la afirmación de que la simple manifestación unilateral de voluntad constituye y perfecciona el fideicomiso, resulta totalmente ilógica, pues mientras no haya aceptación de la fiduciaria, no habrá transmisión de bienes y no habrá perfeccionamiento del contrato.

La defectuosa redacción del párrafo tercero del artículo 350 de la LGTOC lleva a esta interpretación sofisticada, cuando habla de que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que, conjunta o sucesivamente, desempeñen el fideicomiso estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

En primer lugar, en la práctica o uso bancario, puede afirmarse que en los fideicomisos no se designan varias instituciones fiduciarias que conjuntamente las desempeñen, pues esto acarrearía muchos problemas prácticos de ejecución.

La experiencia ha demostrado que solamente se sustituyen cuando por alguna causa el fiduciario no pueda cumplir el fideicomiso, o bien, por acuerdo entre las partes fideicomitentes y fideicomisarios o, como en el caso del establecimiento de la banca múltiple, en que con motivo de las fusiones de diversas instituciones de crédito la fusionante adquirió al mismo tiempo el carácter de fideicomitente y beneficiario, en ciertos fideicomisos de garantía.

Además, es evidente que el legislador mexicano en las diversas leyes que sobre fideicomiso existieron de 1926 a 1932, fue influido por el pensamiento del doctor Ricardo J. Alfaro por una parte, y por el libro de Pierre Lepaulle por la otra, pues parece ser que fue la única obra accesible en esa época, consultada por quien redactó los artículos de la LGTOC de 1932, que todavía están en vigor.

El doctor Alfaro, influido por la institución del *trust*, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, llegó a afirmar que el fideicomiso podía constituirse por testamento y así lo propuso en su proyecto conocido como "el fideicomiso", estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos, una institución nueva semejante al *trust* del Derecho inglés (Imprenta Nacional Panamá 1920), artículo 17 de su proyecto, pero al mismo tiempo, el artículo 13 del mismo expresaba: La existencia de los fideicomisos comienza cuando el fiduciario acepta el cargo, es decir, no podían existir por manifestación unilateral de voluntad.

Nuestra ley de 1926 (D.O. de 16 de noviembre del mismo año) que se llamó Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos

Bancarios, consagró también el principio de que el fideicomiso podía constituirse por testamento (artículo 107), sin embargo, no precisó el carácter sustantivo de esta institución y como lo afirma certeramente Macedo, existe gran vaguedad de conceptos en torno de ella.

En el interesante estudio denominado "el fideicomiso mexicano" del señor licenciado Pablo Macedo, publicado como prólogo a la versión en idioma español del Tratado teórico y práctico<sup>39</sup> de los *trusts* de Pierre Lepaulle que viene a ser una exposición de motivos (*a posteriori*) por parte de quien redactó los artículos 346 a 359 de la LGTOC, el autor reconoce que formó parte de la comisión designada entonces, para redactar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en la que coadyuvó y sobre la institución del fideicomiso textualmente dice: "Mi estudio consistió en proponer el articulado de la Ley de Títulos que habría de convertirse en el título segundo, capítulo V, del fideicomiso que la comisión antes señalada me hizo el honor de aceptar en sus términos pero del que soy único autor y pleno responsable, especialmente en lo que a defectos puedan advertirse. En la configuración de las instituciones fiduciarias, no tuve intervención alguna. Quedan hechas estas aclaraciones para el recto juicio del lector".

Se desprende del estudio citado que las fuentes básicas del redactor de la ley fueron: primero un artículo de Pierre Lepaulle denominado "La Naturaleza del Trusts", traducido por el licenciado Pablo Macedo y publicado por la Revista General de Derecho y Jurisprudencia, dirigida por don Alberto Vázquez del Mercado en su tomo III, pp. 105 y ss., de 1932, y posteriormente el tratado de Lepaulle, cuya traducción también hizo el propio licenciado Macedo. Este autor dice textualmente: "Partiendo pues, de que ley no debe enseñar, sino mandar, y de que no es un manual didáctico, sino un cuerpo de preceptos, se optó por configurar el fenómeno con la mayor claridad posible, en su contenido y en sus efectos, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia que, en cumplimiento de sus funciones propias, estudiaran el problema y propusieran, si fuese posible, una solución que mereciera un final consenso".<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Publicado por la Editorial Porrúa, S. A., México, 1975, pp. XXIV y XXV.

<sup>40</sup> MACEDO, Pablo, *op. cit.*, p. XXIV.

Lo que además se propuso la Ley de Títulos, fue apartarse de la teoría del doctor Alfaro, ya rechazada entonces y que no ha logrado superar posteriores críticas, a pesar de los esfuerzos hechos por su autor, aún por vía de correcciones y explicaciones adicionales.

Respecto de la poca claridad del artículo 350 de la Ley Cambiaria el trabajo que se comenta no parece aportar nada para resolver el problema y sí contribuye a su indeterminación al exponer su comentario al mencionado precepto.

“El primer párrafo no amerita que agreguemos nada a lo ya explicado con anterioridad.”

“En el segundo se confiere el derecho de designación de fiduciaria al fideicomiso, por estimarse que es el primer interesado en el buen funcionamiento de la institución, y sólo en su defecto al juez de quien se espera un criterio recto y objetivo.”

“El tercer párrafo no requiere mayor explicación.”

“El último merece las siguientes observaciones: 1o. se reconoce la autoridad del fideicomitente, expresada en el acto constitutivo, y sólo supletoriamente se dictan las reglas siguientes; 2o. no se impone la designación de la institución fiduciaria; puede negarse a aceptar el encargo o renuncia a él pues, se configura el caso *como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes*, y en esos supuestos o cuando al igual que en el de remoción veremos en qué condiciones, se nombrará sustituto. Fuera de esas hipótesis, como es natural, por falta de fiduciaria, “cesará el fideicomiso, es decir, terminará o caducará”.

Como puede verse de la parte que hemos subrayado, el legislador que redactó la parte relativa a fideicomiso de la LGTOC determina que es un contrato y que se requiere la voluntad de fideicomitente y fideicomisario.

Aun cuando más adelante usa los términos contradictorios de que el fideicomiso “cesa”, “termina” o “caduca” —como es posible que cese, termine o caduque algo para lo cual se necesitan dos voluntades y una de ellas no se da— creemos que la terminología usada por el doctor Alfaro de Panamá en su proyecto era más adecuada y técnica al decir (artículo 13) la existencia de los fideicomisos “comienza cuando el fiduciario acepta el cargo”.

Más adelante el señor licenciado Macedo, en la página XXXII reitera que el fideicomiso es un contrato.

Dos son las ideas rectoras del precepto: 1a. La reiteración de la constitución del patrimonio fiduciario mediante la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente, y su asignación a su nuevo titular; y 2a. la publicidad que en nuestro medio rige la materia de los inmuebles, como garantía del comercio jurídico y para protección de terceros.

En esta forma se evitan las discusiones —existentes en otros regímenes jurídicos— acerca de la buena o mala fe de quienes contrataran con el fiduciario, con todos los inconvenientes y peligros y las dificultades consiguientes de liquidación, que las mismas acarrearán.

Respecto de la admisión del fideicomiso, en nuestro país, el licenciado Macedo señala lo siguiente.

Toda la estructura que por ello se dio al fideicomiso mexicano responde a esas ideas. Conviene sólo agregar aquí, que hubiese probablemente sido imposible proceder de otro modo por dos poderosísimas razones, la primera porque los *resulting trusts* y los *constructive trusts* son fundamentalmente estructuras que descansan en la jurisprudencia anglosajona, fuente de derecho de riqueza desconocidas en nuestro sistema jurídico; y, en segundo lugar, porque se estimó como una ambición de proporciones poco sensatas el tratar de importar, de golpe y en toda su plenitud el *trust*, institución tan peculiar, y prácticamente desconocida en el medio de origen latino en que nos formamos.

A la crítica formulada por Oscar Rabasa en el sentido de que para la importación de la institución angloamericana a México, los legisladores se basaron en la obra de Pierre Lepaulle (autor francés), en lugar de acudir a tratadistas ingleses o norteamericanos y al Derecho angloamericano, pues un jurisconsulto francés no puede ser autoridad en materia de Derecho anglosajón y que por lo tanto la LGTOC no captó la verdadera naturaleza del *trust* anglosajón,<sup>41</sup> el licenciado Macedo afirma que no sólo fueron las ideas de Lepaulle las que inspiraron y orientaron la redacción de la LGTOC, en materia de fideicomiso, sino que: “se requirió también a los auténticos expositores de la institución, a los tratadistas ingleses y norteamericanos que se pudieron consultar”.<sup>42</sup>

Cabe comentar que el licenciado Macedo no indica cuáles fueron los tratadistas ingleses y norteamericanos que en esa época pudo consultar

<sup>41</sup> RABASA, Óscar, *El Derecho Angloamericano*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1a. ed., México, 1944, p. 452.

<sup>42</sup> MACEDO, Pablo, *op. cit.*, p. XXXIX.

y creemos que las grandes obras inglesas y norteamericanas posiblemente no fueron tomadas en cuenta, pues la obra básica de sir Arthur Underhill (publicada en Inglaterra ya para esas fechas), es dudoso que la hubieran consultado los legisladores y también es de reconocer que las grandes obras norteamericanas se redactaron con posterioridad a la LGTOC de 1932, pues la monumental obra (18 volúmenes) de Bogert, *The Law of Trusts and Trustees a Treatise Covering the law Administration*, su primera edición data de 1935 y la grandiosa obra de Scott *The Law of Trusts* (6 volúmenes) apareció por primera vez en 1939.

En conclusión, no se deduce que el fideicomiso en el pensamiento y letra del legislador pueda tomarse como una manifestación unilateral de voluntad y sí lo ha reconocido más bien como un contrato.

El párrafo del artículo transcrito que consideramos que ha dado origen a toda ésta polémica, es el siguiente:

“En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elijan el fideicomisario, o, en su defecto, el Juez de Primera Instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas, conforme a la Ley”.

Sin embargo, debe señalarse que la interpretación del mismo no puede llegar al extremo de reconocer que, en su redacción, esté implícita la idea de que el fideicomiso pueda constituirse mediante manifestación unilateral de voluntad, pues ya hemos visto que, por lo menos en nuestro sistema jurídico, no existe manifestación de voluntad unilateral en forma tácita o implícita.

Cuando en el precepto que comentamos se usa la palabra “designación”, creemos que lo hace impropiamente, pues los fiduciarios no se designan, pues ello traería como consecuencia la aceptación forzosa de los fideicomisos por parte de quienes los van a desempeñar, y no obstante que hay opiniones en contra,<sup>43</sup> consideramos que daba la garantía constitucional establecida en el artículo 5o. del Código Político, fuera de los casos que el mismo contempla, a nadie se puede obligar a trabajar en contra de su voluntad, por lo cual los fiduciarios no están

<sup>43</sup> KRIEGER, Emilio, *Manual del Fideicomiso Mexicano*, editado por Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A., México, 1976, pp. 44 y 45.

obligados a aceptar cualquier fideicomiso y ni siquiera como lo dice el precepto comentado, los jueces de primera instancia, pueden llegar a esa determinación.

El supuesto de manifestación unilateral de voluntad no puede tomarse en esta materia más que como una policitud que hace el presunto fideicomitente, misma que si no es aceptada por ningún fiduciario, no tendrá ningún efecto, pues como ya lo dijo el doctor Alfaro, la existencia del fideicomiso comienza cuando acepta el cargo el fiduciario.<sup>44</sup>

Ya he afirmado que el legislador mexicano de 1932 se inspiró en Pierre Lepaulle y efectivamente estuvo diseñando una institución diferente a la norteamericana, principalmente por una cuestión de principio. En México no puede haber fideicomiso tácito, ni tampoco se desempeñan por personas físicas y no es el resultado de una gran tradición de uso y costumbre como en el derecho anglonorteamericano y en México no existen dos sistemas separados de regulación jurídica, el de equidad y el de Derecho común, como sí existieron en Inglaterra y en Estados Unidos y por lo tanto, en México no hay *resulting trusts*, ni tampoco *constructive trusts*, pues son creaciones jurisprudenciales.

En México ya se dijo que no hay instituciones de equidad, ni tribunales de equidad, sino únicamente tribunales ordinarios y nuestra legislación es escrita.

Uno de los efectos fundamentales del fideicomiso es la transmisión de bienes o derechos al fiduciario, sin la cual no se puede hablar de fideicomiso; en efecto, el licenciado Macedo en la página XXIX del estudio que comentamos textualmente, dice: "El precepto confirma en su primera parte (artículo 349) que el fideicomiso implica por virtud de la afectación que le es esencial la constitución de un patrimonio distinto del personal del fideicomitente y por tanto, la salida de los bienes correspondientes de ese patrimonio personal, por lo que es condición *sine qua non* la capacidad de disponer en la persona del fideicomitente".

Estimo que hay consenso general de los autores en reconocer que es un efecto lógico, básico, natural del fideicomiso, la transmisión o trans-

<sup>44</sup> La pretendida naturaleza de acto unilateral que se quiere dar al fideicomiso no pasa de ser una simple oferta o policitud, que puede tener carácter de irrevocable, modalidad que no altera en forma radical los principios del derecho común en la materia (artículos 1804-1811 del Código Civil).

ferencia de bienes al fiduciario, para que éste realice un fin lícito establecido en el acto constitutivo, ¿cómo es posible que pueda haber transmisión de bienes en una manifestación unilateral de voluntad?, pues ningún artículo de la ley cambiaría habla de que por la manifestación unilateral de voluntad salgan esos bienes del patrimonio del fideicomitente y pasen al fiduciario, y menos si éste es indeterminado, pues si se trata de inmuebles el fideicomiso debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y cancelar la inscripción a favor del fideicomitente y hacer la correspondiente al fiduciario, si se trata de otros bienes, como acciones, valores, dinero y joyas, para que exista transmisión de la mayor parte de estos bienes, es necesaria la tradición o entrega de los mismos, además del endoso en aquellos títulos de crédito que así lo requieren, ¿cómo es posible que la simple manifestación unilateral de voluntad haga salir del patrimonio del fideicomitente esos bienes, si no existe fiduciario o éste no ha aceptado? ¿Y si no se le hace tradición de los mismos?

Es ese aspecto, los autores partidarios de la manifestación unilateral de voluntad son totalmente omisos.

Como ya se indicó, al usar las palabras "cesa el fideicomiso" en el artículo que tantas veces hemos citado, el legislador dio lugar a toda clase de interpretaciones, pues ya se demostró que no obstante su gran capacidad, y los elementos con que contaba en su época, no parecen haber sido suficientes para perfilar esta institución, que se ha ido afinando en nuestro país en los sesenta años que tiene de vida, por lo cual el hecho de que aparezcan esas palabras en la ley, está contra la lógica jurídica del contrato.

Por lo que hace a la parte del artículo 349 que habla de que las autoridades pueden ser fideicomitentes, cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades, estimo que es la base para la creación de los fideicomisos públicos, con la salvedad de que en ciertos casos, sobre todo cuando se trata de bienes en guarda o conservación, no podrán establecer fideicomisos porque no se tiene la disposición de los bienes, sino sólo su guarda o conservación.

El otro aspecto por cuya razón los autores comparan el fideicomiso con la manifestación unilateral de voluntad, es el relativo a que nuestro legislador, siguiendo el proyecto Alfaro y las leyes mexicanas anteriores a 1932, estableció la posibilidad de que el fideicomiso pueda constituirse mediante testamento, sin embargo, si analizamos a fondo



este aspecto, se puede llegar a la conclusión de que testamento y fideicomiso son conceptos que se excluyen uno al otro.

En principio, cabe un comentario sobre una cuestión constitucional.

Hay una contradicción de competencia legislativa en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues si bien el legislador federal tiene facultades constitucionales en materia mercantil de acuerdo con el artículo 73 fracción X carece en cambio de facultades para legislar en materia civil (sucesiones), que es esencialmente local y está reservada a la soberanía de los Estados y a los legisladores de dichas entidades, por lo tanto al hablar de testamento, el legislador de 1932 invadió la competencia legislativa de las entidades federativas.

En este aspecto no puede argumentarse que el Código Civil Federal sea supletorio conforme al artículo 2o. de la LGTOC, pues la supletoriedad rige únicamente para aquellos casos de lagunas de la ley, no previstas por el legislador y en este supuesto, evidentemente que no se trata de una laguna de la ley, sino de una invasión de la competencia legislativa de los Estados.

A continuación se hará un estudio comparativo entre el testamento y el fideicomiso, para ver que son incompatibles, pues uno excluye al otro.

El testamento tal como lo define el Código Civil de 1928 en su artículo 1295, es un acto personalísimo revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte.

En este orden de ideas, puede tomarse el testamento como un acto unilateral de voluntad, esencialmente revocable, de disposición de bienes y derechos para después de la muerte; el fideicomiso por el contrario, es un acto mediante el cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria (artículo 346 LGTOC), además debe constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso (artículo 352 LGTOC).

Formalmente, el testamento puede revestir todas las variantes a que se refieren los artículos 1500 y 1501 del Código Civil por lo cual, en tratándose de bienes inmuebles, el fideicomiso no puede constituirse mediante testamento ológrafo o privado y es dudoso que en tratándose

también de esos bienes, se constituya en el testamento militar o marítimo.

Por otra parte, la distinción fundamental consiste a mi modo de ver, en que el fideicomiso es disposición de bienes entre vivos, es decir, en el momento en que se constituye, y no puede ser condicionado a la muerte, pues en ese caso ya no es fideicomiso, sino testamento y por otra parte, este último es un acto de disposición de bienes para después del fallecimiento; no basta la voluntad del testador para que se transfiera una propiedad, inmueble al fiduciario, ni para que el fideicomiso surta sus efectos; en este caso, no lo inscribiría el Registro Público de la Propiedad, ya que es necesaria la aceptación de la institución fiduciaria para ello y la determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

La disposición de bienes por testamento está sujeta a la aleatoriedad de que los bienes permanezcan dentro del patrimonio del testador, durante el lapso que corre entre la fecha del testamento y la muerte de aquél; el patrimonio puede desaparecer por muy diversas causas: que el testador disponga de sus bienes, los enajene, que los expropien, que se los embarguen y rematen, que los bienes parezcan o desaparezcan; o por cualquier otra circunstancia salgan de su patrimonio; en este supuesto, al fallecer no habría materia de sucesión, además, el testamento y la sucesión también están sujetos a que los herederos acepten aquél o lo repudien, a que existan herederos y a que no se impugne la validez del testamento.

Puede suceder que el testador disponga que a su muerte ciertos bienes de la masa hereditaria, sean dados en fideicomiso para un fin lícito, en cuya caso esa disposición no es constitutiva del fideicomiso, sino que corresponderán al albacea, como representante de la sucesión, celebrar el contrato respectivo con una institución fiduciaria, en ejecución de las disposiciones testamentarias del de *cujus* (lo cual no es un acto de ejecución de fideicomiso, pues que éste no existe al testar).

En estos supuestos, por más que se hable en el testamento de constituir un fideicomiso, no existe tal, pues mientras los bienes permanezcan en el patrimonio del testador, están sujetos a todas las contingencias antes aludidas en cuyo caso jamás pasarían a poder la fiduciaria.

Ahora bien, si una persona constituye un fideicomiso en vida, celebra un contrato con la fiduciaria y le entrega ciertos bienes para que la fiduciaria, a su muerte, realice con ellos un fin lícito como puede ser el pagar colegiaturas de sus hijos, o darles alimentos; el fideicomiso

se está constituyendo por acto entre vivos, aunque contenga disposiciones que en opinión de ciertos autores, pudieran ser testamentarias, pero el fideicomiso en tal caso no es testamento, simplemente, está sujeto a la condición suspensiva de la muerte del fideicomitente, porque en el momento en que éste entrega los bienes a la fiduciaria, han salido de su patrimonio y ya no podrían ser embargados y si el fideicomiso fuere irrevocable, ya no podría disponer de ellos, ni podrían esos bienes ser materia de sucesión.

Por virtud de cierto uso bancario, se habla de fideicomisos testamentarios y no obstante la proliferación con que se maneja este concepto, creemos que no es una cuestión acorde con la realidad, pues en estos fideicomisos, su constitución se hace en vida del fideicomitente es aceptado por la fiduciaria, transmitidos los bienes, con disposiciones que entrarán a regir obligaciones y derechos a la muerte del fideicomitente.

Ahí no hay testamento, porque la disposición de bienes se hizo desde aquel momento, los bienes quedaron afectos al fin pactado y es irrevocable, los fideicomisarios (herederos legales o no) tendrán derechos desde ese momento no derivados de testamento sino al contrato de fideicomiso. Es frecuente que se contraten pólizas de seguro de vida o se designe beneficiaria una institución fiduciaria, pues bien, en ese momento se está constituyendo un fideicomiso sobre derechos y no un testamento.

Es de hacer notar que, en México, ha sido muy escasa o casi nula la práctica de constituir fideicomisos mediante testamento, habida cuenta de las limitaciones señaladas.

### *NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MEXICANO*

Hemos expuesto hasta ahora las ideas de los tratadistas con las cuales no coincido, pero para que una obra tenga cierta validez didáctica, no sólo basta criticar, sino también proponer, por lo cual enseguida expondré mi criterio sobre la naturaleza del fideicomiso, tal como está regulado por el Derecho positivo y también tal como se utiliza en el uso y la práctica bancarias de nuestro país.

Considero que el fideicomiso es un contrato y enseguida voy a dar los razonamientos en que se basa esta afirmación.

Desde luego, el fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico, ya que es la expresión de voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones.

Ahora bien, dentro de las especies de actos jurídicos, nuestro Código Civil Federal, en sus artículos 1792 y 1793, define el convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y, añade, los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos.

Cabe hacer el comentario de que la distinción formal establecida por nuestro código entre convenio y contrato, resulta un tanto superflua en la vida diaria, pues al no tener sanción, se aprecia que se utilizan en el tráfico jurídico indistintamente las palabras contrato o convenio, para calificar aquellos actos jurídicos en los que las personas, dos o más, expresan su voluntad de crear los efectos de derechos antes mencionados, sin que el uso de una u otra expresión traiga aparejadas consecuencias para las partes, por lo que es una práctica constante que se usa indistintamente y a veces como sinónimos.

Para calificar el fideicomiso mexicano como contrato considero que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad.

Esta afirmación se confirma con un estudio, por analogía, de cómo funciona el *trust* en Estados Unidos e Inglaterra (por ser el modelo tomado por el legislador mexicano) y con las opiniones de los más eminentes tratadistas sobre la materia en ambos países.

Scott considera que el *trust* es una relación jurídica que tiene ciertas características y afirma: <sup>45</sup> "Los autores de Derecho y los tribunales han definido algunas veces al *trust* como una cierta clase de derecho u obligación. Esa definición es demasiado estrecha. Es cierto que si se mira desde el punto de vista del *trustee*, hay derechos establecidos para él y en favor del beneficiario, pero el *trust* es una relación jurídica completa de la cual, las obligaciones del *trustee* sólo una parte... el *trust* es un aparato legal completo, la relación jurídica entre las partes,

<sup>45</sup> Scott, *op. cit.*, p. 38.

con respecto a la propiedad que es su materia, e incluye no sólo las obligaciones que el *trustee* tiene frente al beneficiario y el resto del mundo, sino también los derechos, privilegios, poderes e inmunidades que el beneficiario tiene en contra del *trustee* y el resto del mundo. Parece propio por lo tanto definir el *trust* ya sea como una relación que tiene ciertas características de definición o posiblemente como un instrumento jurídico o una institución legal que entraña esa relación”.

Aquí vemos que Scott reconoce la necesidad de dos partes en el *trust*. El *trustee* (fiduciario) y el beneficiario, que pueden entenderse como fideicomitente o fideicomisario, en el derecho mexicano.

Para sir Arthur Underhill, el *trust* es “una obligación de equidad que liga a una persona a quien se le designa *trustee* (fiduciario, para administrar una propiedad sobre la cual se le otorga control (y a la que se le llama propiedad fiduciaria) en provecho de personas (a las que se designa beneficiarios o cestuis que *trust*), pudiendo ser uno de ellos el propio *trustee* (fiduciario y cualquiera de ellos podrá darle fuerza legal al cumplimiento de la obligación)”.<sup>46</sup>

Aunque en esta definición recogida dentro de la estricta tradición inglesa, no se determina el concepto de *trust* con la precisión que lo hace Scott, existe una relación jurídica entre partes, sobre una propiedad fiduciaria.

Bogert, en su grandiosa obra, es más claro y define el *trust* como “una relación fiduciaria en la cual una persona tiene en su poder diversos bienes, sujetos a una obligación de equidad para conservarlos o usarlos para el beneficio de otros”.<sup>47</sup>

El significado de la frase relación fiduciaria se explica con amplitud en la sección que trata los deberes del fiduciario y de los fideicomisos constructivos, ahí aparecerá cómo la relación fiduciaria es una, en la cual la ley demanda a una persona las más altas normas de ética o conducta moral, con relación a otra.

<sup>46</sup> UNDERHILL, *op. cit.*, p. 1.

<sup>47</sup> BOGERT, *op. cit.*, p. 1.

Y agrega más adelante que: "el interés es la propiedad fiduciaria es la parte fundamental de la constitución del *trust*<sup>48</sup> y el *trust* presupone una propiedad específica definida o definible, una propiedad definida que se transfiera al fiduciario y que debe conservar para su manejo o distribución".

"El *settlor* (fideicomitente), en un *trust*, es la persona que intencionalmente origina que aquél exista, con cierta frecuencia es llamado (creador del fideicomiso o donante)".<sup>49</sup>

El *trustee* fiduciario es la persona individual o artificial (corporación que mantiene la propiedad en su poder, para el beneficio de otros.<sup>50</sup>

El beneficiario o *cestui* que *trust* (fideicomisario) es la persona para cuyo beneficio conserva la propiedad el fiduciario y puede ser en los *trust* privados, un individuo o una corporación, o en aquellos que tienen fines caritativos, pueden ser el público o una clase sustancial del mismo.<sup>51</sup>

En el Derecho inglés y norteamericano la obligación del beneficiario es de equidad; con su claridad de pensamiento, Bogert<sup>52</sup> afirma:

En casi todos los casos existen cuando menos tres partes conectadas con el *trust*, que son:

El *settlor* (fideicomitente) una entidad legal separada que actúa como *trustee* (fiduciario), una o más terceras personas que son los beneficiarios (fideicomisarios)<sup>53</sup> y más adelante agrega: sin embargo cuando el *settlor* (fideicomitente), se declara a sí mismo *trustee* (fiduciario), ambas calidades recaen en una sola persona en cuyo caso un *trust* puede existir con sólo dos partes. Una persona no puede estar obligada consigo misma por lo cual no puede tener al mismo tiempo la calidad de *settlor*, *trustee* y único *cestui*. Las personas que intervengan en un *trust*, no pueden ser menos de dos.

Si teóricamente es permitido aplicar la analogía en aquellos casos en que existe identidad de principios y siendo el fideicomiso mexicano una adaptación del *trust* inglés y norteamericano, cabe concluir que la

<sup>48</sup> BOGERT, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

<sup>49</sup> BOGERT, *op. cit.*, p. 4.

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>53</sup> BOGERT, *op. cit.*, p. 6.

docta opinión de los autores que he citado permiten afirmar que el *trust* es una relación jurídica establecida entre dos o más personas; en consecuencia, en México también existe esa relación, pues no puede haber fideicomiso únicamente con el fideicomitente, al igual que en el Derecho norteamericano. Lo afirma contundentemente Bogert. En México cuando menos debe haber dos personas para establecer y crear un fideicomiso.

Si se reconoce que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos o más personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre partes, es de concluirse que tiene todas las características atribuidas por el Código Civil bien sea el convenio, bien sea al contrato.

Estimo que se trata de contrato, en virtud de que crea, declara y transmite derechos y obligaciones.

Es más, en el uso bancario normal, en la experiencia mexicana, ya lo he afirmado, se utiliza el término contrato del fideicomiso y en algunas ocasiones se usa la palabra convenio, con la aclaración que ya se hizo sobre la utilización de esta terminología.

El uso bancario es generador de principios de Derecho complementarios de la Ley, cuando existe alguna laguna y en el caso, dicho uso ha generado el principio de que el fideicomiso es un contrato, ya que la LGTOC no señala qué tipo de acto es, y por lo que se refiere al uso bancario es aplicable el principio establecido en el artículo 2o., fracción III de la LGTOC, de lo que se puede calificar como uso interpretativo en el sentido de que el fideicomiso es un contrato.

Abundando sobre el tema, también puede invocarse la intención del legislador para determinar la naturaleza de la figura que nos ocupa, y en la exposición de motivos de la LGTOC de 1932, textualmente se dice:

“aun cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conserva, en principio el sistema ya establecido de admitir

solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversas de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación".

De donde se concluye que el legislador está reconociendo que el fideicomiso es un contrato; pero resulta todavía más firme este punto de vista, cuando el propio legislador, autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la LGTOC de 1932, señor licenciado Pablo Macedo, en el trabajo ya mencionado varias veces en este capítulo explica con gran amplitud su intervención en la redacción de dichos preceptos, y en dos ocasiones afirma que el fideicomiso es un contrato, ya que habla textualmente de que "se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes" y más adelante expresa "en esta forma se evitaban las discusiones existentes en otros regímenes jurídicos, acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario".<sup>54</sup> No queda duda pues, de que la intención del legislador fue diseñar el fideicomiso como un contrato.

Por otra parte, un sector de la doctrina mexicana también reconoce que es un contrato.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> MACEDO, Pablo, *op. cit.*, pp. XXX y XXXII.

<sup>55</sup> Batiza opina: "Por lo que hace a la posición de que el fideicomiso es un acto unilateral, preténdese fundamentarla, principalmente en el artículo 352 de la ley, que en su párrafo primero prescribe que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. Sin embargo, cuando la fuente de un precepto legal puede identificarse en forma indubitable y cuando, además, la norma que le sirvió de modelo ha sido objeto de interpretación auténtica del legislador, la especulación doctrinaria ensayada en el vacío es no sólo ociosa, sino perjudicial por desorientadora", BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso, teoría práctica*, 2a. ed., Asociación de Banqueros de México, México, 1973, pp. 111 y ss. VILLAGORDOA, José Manuel, *op. cit.*, pp. 165 y ss. En cuanto a este autor, concibe el fideicomiso como un contrato a favor de tercero, posición con la cual no concordamos, ya que efectivamente hay fideicomisos que tienen beneficiarios o fideicomisarios, pero no es una regla absoluta, ni tampoco constante, pues existen infinidad de fideicomisos en los cuales no hay beneficiarios ni fideicomisarios y no puede hablarse de estipulación a favor de ter-



Los ejemplos citados que han sido seleccionados al azar, confirman que el gobierno federal en todos los fideicomisos que constituye, utiliza la expresión contrato y celebra un acto jurídico de esa naturaleza.

Cabe invocar otro precedente más, el constituido por los contratos de fideicomiso que establecen los gobiernos de las entidades federativas y los municipios, mismos que también son contratos, existen muchos ejemplos de ellos.

Ha quedado plenamente confirmada la tesis expuesta, al definir formalmente el gobierno federal, en diversas disposiciones de carácter general y en leyes, el fideicomiso como un contrato.

En efecto, en el decreto por el que se establecen bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el gobierno federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de febrero de 1979, habla en su articulado, de que el fideicomiso es un contrato y aquí no puede decir la doctrina que se trata de disposiciones relativas a otras cuestiones, y que incidentalmente se define el fideicomiso, pues todo el decreto que mencionamos se refiere a la materia de fideicomiso del gobierno federal.

En el párrafo tercero consecutivo dice textualmente:

“Que los citados ordenamientos establecen que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público actuará como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada, siendo, en consecuencia, la dependencia del Ejecutivo federal encargada de otorgar los contratos de fideicomiso, que constituya el Gobierno Federal, y de fijar en los mismos términos a que debe someterse la encomienda fiduciaria conforme a las instrucciones del propio Ejecutivo emitidas por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto”.

Asimismo, diversos artículos del mencionado decreto, en forma reiterada, que no deja duda de ninguna especie, hablan de que el fideicomiso es un contrato y lo consideran como tal.

Otra práctica administrativo-legal que viene a abundar en favor del criterio de que el fideicomiso es un contrato, es el hecho de que todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contrato, no obstante que su creación se ordena, bien sea por acuerdos

cero, ejemplos de ellos, pueden ser muchos fideicomisos del gobierno federal que no tienen esas características.

presidenciales, bien por leyes, en cuyos casos, en ambos supuestos son actos unilaterales de gobierno y por sí mismos no crean los fideicomisos.

Se citan a continuación algunos ejemplos de contratos de fideicomisos celebrados por el gobierno federal, que confirman lo expuesto en este párrafo.

La ley de 31 de diciembre de 1954 que ordenó la creación del fondo para la agricultura, ganadería y avicultura, por sí misma no constituyó el fideicomiso, sino que fue complementada con el contrato de fideicomiso, celebrado el 24 de junio de 1955 en el que el fideicomitente es el gobierno federal y la institución fiduciaria el Banco de México, y como este ejemplo, pueden citarse todos los fondos de fomento.

En el acuerdo por el que se autoriza la constitución del fideicomiso para el fomento y apoyo del desarrollo pesquero, publicado en el *Diario Oficial* de 31 de octubre de 1980 (página 4 a 6), se dice entre otras cosas, textualmente lo siguiente: "Artículo 1o. Se autoriza en los términos que se denominará fideicomisos para el fondo y apoyo del desarrollo pesquero." Como puede verse, el Ejecutivo autoriza la constitución del fideicomiso, pero el acuerdo en sí mismo, no lo crea pues el artículo 5o. del mencionado decreto textualmente dice: Las facultades del Comité Técnico con las demás características del fideicomiso se determinarán en el contrato constitutivo que al efecto celebre el fideicomitente (gobierno federal por conducto de la SHYCP) con la institución fiduciaria (Banpesca).

En igual sentido, puede consultarse el acuerdo de la SPP (D.O. de 30 de marzo de 1981), que autoriza la constitución de un fideicomiso que se denominará "Fondo Nacional para el Servicio Social de Estudiantes de Instituciones de Educación Superior" (artículo 1o.) y cuyo artículo 5o. es idéntico al del interior y que también habla de contrato constitutivo.

Los artículos a que nos referimos, son los siguientes:

Artículo 2o. De acuerdo con la autorización que dé el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, en la que se establecerán los objetivos y características generales de los fideicomisos, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público será la dependencia encargada de *constituir y contratar los fideicomisos* del Gobierno Federal.

En los contratos respectivos o en sus modificaciones, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá precisar los fines del fideicomiso,

así como sus condiciones y términos, siguiendo las instrucciones del Ejecutivo Federal dictadas a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuidará que en *los contratos* queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicomitidos, las limitaciones que establezcan el fideicomitente o que se deriven por derechos de terceros, así como los derechos que éste se reserve y las facultades que fije en su caso, el Comité Técnico.

Artículo 6o. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los *contratos de fideicomiso* deberá precisar, en los casos en que las instituciones fiduciarias se vean en la necesidad de otorgar mandatos para auxiliarse en el cumplimiento de las funciones secundarias ligadas a la encomienda fiduciaria, las facultades que se transmitan, cuidando que las mismas no incluyan poderes que impliquen la expresión de voluntad de mandato o decisión. De igual manera se pactará que, en ningún poder se otorgarán facultades a los mandatarios para sustituir los poderes que se les confieran, salvo que se trata de mandatos para pleitos y cobranzas.

Artículo 9o. *En los contratos de fideicomiso* se deberán precisar las facultades que el fideicomitente fije al comité técnico, conforme a las instrucciones del Ejecutivo Federal, si las hubiere, indicando cuáles asuntos requieren de la aprobación del mismo, para el ejercicio de acciones y derechos que corresponden al fiduciario, entendiéndose que las facultades del citado cuerpo colegiado constituyen limitaciones para la institución fiduciaria.

Artículo 12. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *en el contrato relativo* y de acuerdo con la naturaleza del fideicomiso, determinará si corresponde o no suprimir las notificaciones a que se refiere el artículo 45, fracción IX, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, sin perjuicio de la obligación que tiene el fiduciario de llevar el registro especial a que la misma norma se refiere.

Artículo 14. *En los contratos constitutivos de fideicomiso* del Gobierno Federal, se deberá reservar al propio Gobierno la facultad expresa de revocarlos, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los fideicomisarios, o a terceros, salvo que se trate de fideicomisos constituidos por mandatos de la ley o que la naturaleza de sus fines no lo permita.

Artículo 16. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando actúe como fideicomitente único del Gobierno Federal, enviará a la Secretaría de Programación y Presupuesto *los contratos de fideicomiso* de los que resulten derechos y obligaciones para el Gobierno Federal, así como las modificaciones de éstos y sin perjuicio de los registros que debe llevar la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberá inscribir los fideicomisos del Gobierno Federal en el Registro que al efecto lleve la Secretaría de Programación y Presupuesto.

La Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (D.O. 31 de diciembre de 1980), cuyo artículo tercero transitorio textualmente ordena "el fondo de habitaciones populares a que se refiere la Ley Orgánica que se abroga, en lo sucesivo se registrará de conformidad con el *contrato de fideicomiso* que celebre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su calidad de fideicomitente único del Gobierno Federal y del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S. A., como fiduciario".

La Comisión Nacional Bancaria también reconoce al fideicomiso el carácter de contrato en las siguientes circulares: número 362 de 9 de junio de 1951, 480 de 25 de julio de 1957, oficio circular 11961-749 de 4 de abril de 1970, circular número 711 de 10 de junio de 1976.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias también ha reconocido la naturaleza del fideicomiso como contrato, pueden citarse los siguientes precedentes. Del Semanario Judicial de la Federación, tomo CVII, p. 1328, Sosa García Efraín, tomo CXIX, p. 199 de 17 de febrero de 1954. Esparza de Sánchez Leonor, también de la p. 1183.

Todo el conjunto de razonamientos y disposiciones legales que se han expuesto y comentado en este capítulo, llevan a la conclusión clara de que el fideicomiso en México, es un contrato.

Si ese contrato es bilateral o plurilateral, si además tiene la característica (discutible) de que es una operación de crédito o un contrato bancario, son cuestiones que de ninguna manera afectan su naturaleza de contrato.

El contrato de fideicomiso no es un contrato tipo, ni uniforme, ni tampoco inmutable, es por ello que da origen a que la doctrina con frecuencia divague al tratar de precisarlo, puesto que es tan amplio y puede abarcar tantas posibilidades que además, entraña una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideico-

miso, sino que a veces su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad, por ello hay que entenderlo como uno de los pocos contratos que todavía se redactan y se discuten entre las partes y cuya gama de posibilidades para establecer derechos y obligaciones es enorme.

El fideicomiso, es un instrumento legal mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a la institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona fideicomitente señala en el contrato respectivo.

Consecuencia de lo anterior es que el fideicomiso puede servir para la más variada gama de finalidades, como lo diría Scott; la única limitación es la imaginación de los abogados, con la condición de que esas finalidades sean lícitas y se encomiende su realización a una institución fiduciaria.

De esta manera, el fideicomiso es útil institucionalmente a las personas, a las empresas, a las entidades públicas de toda índole, y se adapta precisamente a esas necesidades.

Las características y efectos principales del contrato de fideicomiso son:

*Sujetos:* Los sujetos en la relación fiduciaria, son los siguientes:

*Fideicomitente,* es la persona titular de los bienes o derechos, que transmiten a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita, y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes;

*Fiduciario,* es la institución de crédito que tiene autorización a partir de 1991, antes era concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal.

*Fideicomiso,* es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe) del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.

Puede existir en un fideicomiso desde un punto de vista teórico, diversos fideicomitentes y diversos fideicomisarios pero, generalmente, un solo fiduciario.

*Forma:* El fideicomiso siempre debe constar por escrito.

Obligaciones de los fiduciarios.

a) Ceñirse y ajustarse a los términos del contrato constitutivo para cumplir la finalidad.

b) Aceptar el fideicomiso, esto en mi opinión, no es una obligación, sino una potestad del fiduciario, pues no se puede obligar conforme

a nuestro régimen jurídico a ningún fiduciario, a que acepte un fideicomiso determinado.

- c) Conservar y mantener los bienes.
- d) Llevar contabilidad por separado, para cada fideicomiso.
- e) Cumplir las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso.
- f) Realizar sus actividades mediante un delegado fiduciario, únicamente podrán delegarse aquellas funciones que se consideren secundarias que no implican facultades de mando, decisiones, o actos discrecionales.
- g) Guardar el secreto fiduciario, que es más estricto que el secreto bancario en general.
- h) Presentar y rendir cuentas.
- i) Invertir los fondos ociosos en valores aprobados por la Comisión Nacional de Valores.
- j) Acatar las órdenes del Comité Técnico, cuando exista éste.

*Facultades del fiduciario.*

- a) Tendrá las facultades que se le señalen en el acto constitutivo y que pueden ser: realizar actos de dominio, enajenar, permutar, transferir propiedad, administrar u obtener créditos y gravar, en su caso, arrendar y realizar reparaciones y mejoras.
- b) Disponer lo necesario para la conservación del patrimonio.
- c) Actuar en los juicios relativos al fideicomiso y otorgar en ellos, mandatos para pleitos y cobranzas.
- d) Tiene desde luego facultades para cobrar sus honorarios y para erogar los gastos inherentes al fideicomiso.

*Derechos y obligaciones del fideicomitente.*

- a) Reservarse los derechos que estime pertinentes en el acto constitutivo.
- b) Designar a uno o varios fideicomisarios.
- c) Nombrar Comité Técnico.
- d) Modificar el fideicomiso, si se reservó ese derecho.
- e) Requerir cuentas al fiduciario.
- f) Transmitir sus derechos de fideicomitente (si se reservó esa facultad).
- g) Revocar o terminar el fideicomiso (si se reservó ese derecho).
- h) Derecho a que le sean devueltos los bienes dados en fideicomiso en caso de imposibilidad de ejecución, o que se le entreguen los remanentes una vez ejecutando el fideicomiso.

*Obligaciones del fideicomitente.*

a) Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso.

b) Pagar los honorarios fiduciaros.

c) En caso de que se transmitan inmuebles, estará obligado al saneamiento para el caso de evicción.

d) Colaborar con el fiduciario al cumplimiento del fin, cuando para ello sea necesaria dicha colaboración.

Derechos y obligaciones del fideicomisario.

a) Están limitados por el acto constitutivo. En principio tiene derecho a recibir los rendimientos o los remanentes que queden después de la extinción del fideicomiso, salvo pacto en contrario.

b) Derecho a exigir rendición de cuentas.

c) Derechos a modificar el fideicomiso, si es irrevocable por parte del fideicomitente.

d) Facultad para transferir sus derechos de fideicomisario.

e) Derecho a revocar y dar por terminado anticipadamente el fideicomiso si así se prevé en el acto constitutivo.

f) Obligación de pagar los impuestos, derechos y multas que se causen con la ejecución del fideicomiso.

g) Obligación de pagar los gastos que se causen en la ejecución y extinción del fideicomiso.

h) Obligación de pagar los honorarios fiduciaros.

### *MODALIDADES Y REQUISITOS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO*

Algunos autores confunden la naturaleza del fideicomiso con algunas modalidades del mismo, con sus efectos, o con otras figuras jurídicas.

Uno de los efectos fundamentales del fideicomiso, es la transmisión de la propiedad de los bienes del fideicomitente que pasan a formar lo que se conoce en el uso bancario como el patrimonio fiduciario, cuyo titular será el fiduciario, a partir de la fecha en que surta efectos el contrato del fideicomiso.

Uno de los efectos básicos del contrato del fideicomiso es el ya mencionado, lo que ha dado origen a que algunos autores consideran el patrimonio afecto a un fin, como la naturaleza del fideicomiso, siendo que es efecto del contrato constituido y no el contrato mismo. Esta

es, se puede decir, la teoría del patrimonio de afectación seguida fundamentalmente por Pierre Lepaulle<sup>56</sup> recogida en México por el licenciado Pablo Macedo,<sup>57</sup> autor de los artículos relativos al fideicomiso de la LGTOC y por el licenciado Juan Landereche Obregón en un artículo denominado "Naturaleza del fideicomiso en el Derecho Mexicano".<sup>58</sup>

Esta teoría está superada en la actualidad, puesto que se ha aceptado en forma casi unánime, que no pueden existir patrimonios sin titular y que los patrimonios que carecen de titular jamás podrán llegar a ser sujetos jurídicos. Mas no es el caso de abundar en esta crítica, ya que no se trata de un patrimonio sin titular y autónomo, toda vez que la institución fiduciaria es la titular del patrimonio fiduciario, y en sí el fideicomiso no es el patrimonio, sino que éste constituye el objeto de aquél.

La llamada teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad, sostenida en Italia por Remo Franceschelli<sup>59</sup> y en México por Manuel Lizaldi Albarrán en su obra denominada *Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso*.

En el fideicomiso no hay ningún desdoblamiento de la propiedad, porque el patrimonio fiduciario no puede tener dos titulares; en México no existe el sistema de Derecho común y el de equidad, como en Inglaterra y en Estados Unidos, y es muy claro que cuando el fideicomitente transmite la propiedad al fiduciario, pasa un titular a otro y no hay ningún desdoblamiento de la propiedad, puesto que los derechos de los fideicomitentes y fideicomisarios una vez constituido el fideicomiso son personales y exigibles frente al fiduciario, y de ninguna manera derechos reales.

La propiedad fiduciaria y la titularidad sobre la misma, son consecuencia o efecto del fideicomiso, mas no la naturaleza jurídica del mismo.

Existe otro sector de la doctrina que habla de titularidad del fiduciario, en este sentido, puede citarse al doctor Cervantes Ahumada, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Mariano Navarro Martorell y a Jorge Serrano Trasviña.

<sup>56</sup> PIERRE LEPAULLE, *op. cit.*

<sup>57</sup> MACEDO, Pablo, *op. cit.*

<sup>58</sup> Publicado en la Revista Jus de Derecho y Ciencias Sociales, t. IX, núm. 50, septiembre de 1942, México, pp. 196 y 197.

<sup>59</sup> *Il Trust Nel Diritto Inglese*, Cedán Padova, Dott Editrice, 1935.



La titularidad fiduciaria no es la naturaleza del fideicomiso, sino uno de los efectos del mismo.

Ahora bien, Joaquín Rodríguez y Rodríguez<sup>60</sup> entre otras cosas afirma que el fideicomiso es una operación bancaria y que, en consecuencia, también es un acto de comercio y una operación de crédito.

Sin tratar de parecer bizantino, considero que éstas son modalidades o requisitos legales del contrato de fideicomiso, pero no entrañan la esencia de su naturaleza jurídica, puesto que si de acuerdo con las decisiones políticas de los gobernantes, plasmadas en las leyes y códigos de un Estado, se decide que determinados contratos revistan ciertas características o modalidades —el fideicomiso se diseñó como operación de crédito y se estableció que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones que tengan otorgada concesión para realizar actividades fiduciarias— ello no quiere decir que tal sea su naturaleza, sino que son requisitos que debe llenar el contrato en México, de acuerdo con nuestro régimen legal.

Con frecuencia también los autores mexicanos inciden en la tendencia de comparar el fideicomiso con otras figuras jurídicas, *v.g.*: el mandato, posiblemente continuando la confusión terminológica que originó el proyecto del doctor Alfaro, al decir que el fideicomiso es un mandato irrevocable y cuya confusión fue seguida en los primeros proyectos y en la primera ley mexicana que rigió esta institución.

El área fiduciaria de las instituciones de banca múltiple puede llevar a cabo desde luego fideicomisos, pero además de esto, pueden prestar una gama muy amplia de servicios fiduciarios que no tienen la característica de ser fideicomisos.

Para que exista fideicomiso debe haber transmisión de bienes; tal es la diferencia específica que existe con otro tipo de contratos en los cuales si no hay transmisión de bienes, no habrá fideicomiso, sino que estaremos en presencia de servicios fiduciarios.

Independientemente del fideicomiso, los fiduciarios en México pueden prestar una amplia gama de servicios, con seriedad, profesionalidad, discreción y eficacia, *a)* administración de toda clase de bienes; *b)* servicios de tesorería; *c)* desempeñar el cargo de comisario o miembro del Consejo de Administración de Sociedades; *e)* realización de avalúos; *f)* certificación de firmas; *g)* cesión de domicilios; *h)* llevar libros de

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Librería de Porrúa Hnos. y Cía., pp. 534 y ss.

contabilidad y actas de Consejo de Administración y de Asamblea; *j*) emitir certificados de participación; *k*) intervenir en la emisión de títulos de crédito y actuar como representante común; *l*) actuar como síndico o liquidador de instituciones de crédito y sociedades mercantiles; *m*) actuar como interventor en quiebras; ser representante común de obligaciones, realizar toda clase de mandatos y comisiones.

En ninguno de estos casos, aunque se trate de servicios fiduciarios, el contrato que se celebra para su prestación, es de fideicomiso.