

EL ELEMENTO CONTRACTUAL EN LA RELACION FIDUCIARIA

I. <i>Trust</i> y contrato bajo el <i>Common Law</i>	29
A. Concepto y desarrollo histórico del <i>trust</i>	29
B. Distinción preliminar entre <i>trust</i> y contrato	37
C. Métodos de creación de los <i>trusts</i>	44
II. Teoría contractual inglesa	51
A. La acción de <i>assumpsit</i>	51
B. Doctrina de la <i>consideration</i>	55
C. Ausencia de notas contractuales en el <i>trust</i>	58
III. El fideicomiso en México	63
A. Adopción del fideicomiso en el derecho mexicano	63
B. Constitución del fideicomiso por acto entre vivos	68
C. El contrato como fuente única de la relación fiduciaria	72
Bibliografía	79

EL ELEMENTO CONTRACTUAL EN LA RELACION FIDUCIARIA

I

TRUST Y CONTRATO BAJO EL COMMON LAW

A. CONCEPTO Y DESARROLLO HISTORICO DEL TRUST

Puede decirse que todas las obras modernas sobre *trusts* aparecidas en Inglaterra y en los Estados Unidos principian con las expresiones consagradas de Maitland: “De entre todas las proezas de la *Equidad*, la mayor y más importante es la invención y el desarrollo del *trust*.” “Si se nos interrogara sobre cuál es la más grande y distintiva realización alcanzada por los ingleses en el campo de la jurisprudencia, no puedo pensar que tuviéramos una mejor respuesta que la siguiente: el desenvolvimiento de siglo en siglo del concepto de *trust*.”¹

¿Qué es lo que existe en el *trust* —se pregunta Scott— para justificar el orgullo que inspira a los juristas ingleses?

1 Maitland, F. W., *Equity*, p. 23; *Selected Essays*, p. 129, cit. por Scott, A. W., *The Law of Trusts*, p. 1.

Como afirma Maitland, agrega, el *trust* “es una institución de gran elasticidad y amplitud, tan elástico y amplio como el contrato”; sin embargo, continúa Scott, no hacemos alarde de nuestro concepto de contrato, pero ello se debe a que en todos los sistemas jurídicos se encuentra el mismo concepto, y en todos ellos es tan elástico y amplio como el nuestro. El *trust*, en cambio —sigue diciendo el ilustre profesor—, es un medio para hacer disposición de bienes, y ningún otro sistema jurídico cuenta para ese objeto con un instrumento tan flexible, y es esto lo que hace al *trust* único, pues los fines para los cuales puede emplearse son tan ilimitados como la imaginación de los abogados.²

Desde los tiempos del juez Coke (1552-1634), por lo menos, ha tratado de encontrarse una definición satisfactoria del *trust*, sin que hasta ahora se haya logrado. Parecen ser dos las causas principales que explican el fracaso: por una parte la resistencia que sienten los autores anglosajones para encerrar dentro de los rígidos límites de una definición las instituciones jurídicas. Prefiérese dejarlas en libertad para que su desenvolvimiento sea espontáneo y natural, y más que aspirar a una definición categórica, ofrecen descripciones. Esta actitud la refleja Scott cuando observa que aun si fuese posible definir con exactitud un concepto jurídico, la definición no sería de gran valor práctico porque no podría utilizarse como una premisa mayor de la que se dedujeran reglas de conducta; sino que más bien, cuando partiendo de otras fuentes se ha llegado a las reglas, quizá sea posible

2 Scott, *op. et loc. cit.*; Maitland, *Equity*, p. 23.

la tentativa de formular una definición, pero ésta resulta de las reglas, y no a la inversa.³

La segunda causa consiste en la intrínseca dificultad de definir al *trust*. El autor citado afirma que tal vez no hay concepto jurídico alguno que pueda definirse con precisión perfecta, de manera que comprenda todo lo que habría de incluir, con exclusión de lo demás. Y piensa que esto es cierto no sólo con respecto a los objetos físicos, sino todavía más claramente en cuanto a los conceptos sociales y políticos. La razón, según él, es que ni las cosas ni las ideas generalmente pueden ser clasificadas con exactitud, ya que siempre existirán situaciones intermedias y ambiguas.⁴

Las causas indicadas revelan tal vez por qué un tratadista de la autoridad del profesor Powell, de la Universidad de Columbia, se contenta con la sencillez de esta definición: “La idea de *trust* —dice él—es esencialmente simple: de conformidad con ella una persona posee en calidad de dueño y administra bienes determinados para el beneficio económico de otra.”⁵

También se han propuesto definiciones más complejas, y entre ellas debe mencionarse la que goza de mayor fuerza doctrinaria en los Estados Unidos, que es la formulada por el American Law Institute en esa recopilación y ordenación sistemática de los principios del *Common Law* que se conoce por *Restatements of the Law*,⁶ y concebida así:

3 Scott, *op. cit.*, p. 32.

4 Scott, *op. et loc. cit.*

5 *Cases and Materials on the Law of Trusts*, p. 2.

6 El objeto y la naturaleza de los *Restatements* —ha dicho el American Law Institute— consisten en presentar una exposición ordenada del *Common Law* general de los Estados Unidos, incluyen-

“Un *trust*, según el término es empleado en el *Restatement* de esta materia, cuando no está restringido por la palabra ‘caritativo’, ‘resultante’ o ‘interpretativo’, es una relación fiduciaria con respecto a bienes que constriñe a la persona que los detenta a deberes de equidad para administrarlos en beneficio de otra, y que nace como resultado de una manifestación de la intención para crearla.”⁷

Ni siquiera esta definición ha escapado a la crítica, y es así como Keeton acentúa la exclusión que en ella se hace (que en realidad es un acierto) de tres importantes especies de *trusts*.⁸ Estos escollos para definir al *trust*, junto con su extraordinaria flexibilidad y la múltiple variedad de resultados que con él se alcanzan, ha hecho que el interés de la doctrina no sajona elaborada alrededor del *trust* se haya centrado de preferencia sobre su naturaleza jurídica, reacción explicable considerando que la institución inglesa, además, rompe con principios básicos de nuestra herencia en el campo del derecho. Sin embargo, esta especulación, al pretender racionalizar fenómenos de orden puramente local e histórico para trasmutarlos en categorías abstractas de valor universal, ha incurrido en el error de enjuiciar un régimen jurídico de sustentación tan peculiar como es el *Common Law* según criterios que le son ajenos y que resultan ineficaces para desentrañar la esencia de su creación más original.

do en dicho término no sólo el derecho elaborado a través de decisiones judiciales, sino también el creado por los tribunales en la aplicación del derecho legislado. *Vid.* del autor, *Codificación y supervivencia del Common Law*, “Boletín del Instituto de Derecho Comparado”. México, D. F., septiembre-diciembre, 1952, N° 15.

7 § 2.

8 *The Law of Trusts*, 5th Ed., p. 4.

Pero el error más serio ha consistido en suprimir deliberadamente, como si sólo fuera un factor secundario, la distinción fundamental reconocida en el derecho angloamericano entre normas de *equidad* (*Equity*) y de *derecho estricto* (*Common Law*).⁹ Sobre este punto debe meditar-se el sentido de las reflexiones de Weiser, que compartimos sin reservas: “Es necesario convencerse de que la *Equidad* inglesa y el instrumento principal a través del que actúa, son producto de las especiales circunstancias y de la evolución que originaron la coexistencia de dos clases distintas de tribunales. Sin esa dualidad, el *trust*, con sus peculiares características anglosajonas, es inconcebible; en donde esa dualidad no ha surgido . . . , las condiciones necesarias para entender una doble propiedad, que a pesar de todo lo que se diga y haga continúa siendo la esencia de la noción de *trust*, faltan de modo significativo.”¹⁰

9 “En su acepción jurídica, *Equidad* no significa justicia natural, ni siquiera esa parte de la justicia natural susceptible de ser aplicada por los tribunales, sino que tiene un sentido preciso, limitado y definido, para denotar el sistema de administración de justicia empleado por un tribunal especial: la Alta Corte de Cancillería inglesa, y que sólo puede explicarse y entenderse por el estudio de dicho tribunal.” *Bispham's Equity*, 1, cit. por *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., Fourth Ed., St. Paul, Minn., 1951. “Frente a la *Equidad*, el *Common Law* es el conjunto de reglas y principios, consuetudinarios o escritos, de autoridad fija e inmutable que deben aplicarse a las controversias en forma estricta e integral, sin que puedan modificarse para ser adaptados a las peculiaridades del caso concreto ni ser matizados por el arbitrio judicial, y que descansan en la costumbre o en la ley, diferenciándose de toda pretensión de superioridad ética.” *Klever v. Seawall*, C. C. A. Ohio, 65 F. 395, 12 C. C. A. 661, cit. por *Black's*.

10 Weiser, F. *Trusts on the Continent of Europe*, pp. 2 y 5. Tribunales de *Common Law* y de *Equidad* o *Cancillería*, que aplicaban normas y principios de *Common Law* o de *Equidad*, respectiva-

De ahí que la finalidad que nos hemos propuesto en el presente estudio sea menos ambiciosa que la de aprisionar la esencia última del *trust*. Nos basta, y creemos que no por ello esa finalidad estará desprovista de valor doctrinario y práctico, con investigar lo que podría denominarse “elemento contractual en la relación fiduciaria”, a la luz de los derechos angloamericano y mexicano. Si este enfoque, que podría juzgarse apriorístico, no llega a revelar la recóndita esencia del *trust*, al menos esclarecerá —confiamos— aspectos de interés sobre ciertas características de nuestro fideicomiso, lo cual representa la meta principal que nos hemos fijado.

Pero siendo nuestro fideicomiso una versión modificada del *trust*, será preciso exponer algunos antecedentes de la institución inglesa y de su posición dentro del *Common Law*. Para la doctrina anglosajona, que en este particular no difiere de la nuestra, el derecho constituye una unidad indivisible a la que se ha escindido en ramas separadas únicamente por razones de conveniencia en su estudio.¹¹ La clasificación básica establecida es entre derecho substantivo y adjetivo, y como subclasificación dentro de este último figuran la *equidad* y el *trust*.¹²

De conformidad con los principios y la tradición del *Common Law*, los *trusts* han formado siempre una rama

mente, normas y principios integrantes de ordenamientos distintos e independientes, pero complementarios entre sí. Por más que desde el pasado siglo se inicia la fusión de dichos tribunales, la distinción entre normas de *equidad* y de *derecho estricto*, subsiste. Se trata de dos sistemas claramente diferenciados uno de otro.

11 Morgan, E. M. *Introduction to the Study of Law*, p. 35.

12 Morgan, *op. cit.*, p. 40.

radicalmente distinta e independiente de la de contratos. Sir Frederick Pollock piensa que en cuanto a su fuente, sobre todo cuando es resultado de un acto entre partes, el *trust* es una especie de contrato, pero sostiene que las complejas relaciones incorporadas en un *trust* son irreductibles a los elementos normales de un contrato. El *trust* debe considerarse como una obligación, es decir, como “un vínculo de *equidad*, por virtud del cual una persona está obligada a la ejecución de un acto o a una abstención en beneficio de otra”. Aun cuando puede decirse —afirma el jurista inglés— que todo *trust* encierra un contrato, presupone sin embargo tantos otros elementos adicionales, y la naturaleza de los objetivos que con él se persiguen es tan diversa de los buscados a través de la relación contractual, que por ello se distingue claramente no sólo de cualquier especie de contrato, sino de los contratos considerados como un género distinto.¹³

Existe por ello, en su opinión, justificación bastante (con independencia de la razón de orden histórico suministrada por la jurisdicción exclusiva de *equidad*) para seguir el sistema adoptado por todos los tratadistas ingleses, consistente en estudiar los *trusts* como integrando una rama jurídica autónoma.¹⁴ Pero, a fin de hacer más comprensible esta situación, conviene exponer, así sea en forma sumaria, el desarrollo histórico del *trust*, omitiendo aquellos detalles que distraerían de nuestra finalidad primordial.

Como toda institución jurídica, el *trust* no surgió de improviso, sino que antes de convertirse en la figura que ac-

13 *Principles of Contract*, pp. 195 y ss.

14 Pollock, *op. et loc cit.*

tualmente se conoce, atravesó etapas sucesivas de gestación, nacimiento y evolución, que se remontan al siglo XIII. Su origen está ligado en forma estrecha al *uso* (*use*), aparecido en Inglaterra como consecuencia de la costumbre medieval de entregar bienes, principalmente inmuebles, mediante “enfeudación”, o sea la transmisión del dominio a una persona (*feoffee to uses*) para que los administrara en beneficio de otra (*cestui que use*). Con ello se obtenían diversos propósitos, lícitos algunos y las más de las veces fraudulentos, que requerían una interpósita persona. Por cuanto a los fines fraudulentos, ocupaba lugar preferente, entre otros, la burla a los derechos de los acreedores y a las prohibiciones contenidas en las leyes de manos muertas dirigidas contra las corporaciones religiosas.¹⁵ Con el transcurso del tiempo esta práctica dió lugar a tantos inconvenientes y abusos, que en 1535 se promulga la *Ley de Usos* (*Statute of Uses*), estimada como la pieza maestra del derecho inglés en el régimen de la propiedad, y a la cual se debe el desenvolvimiento del moderno *trust*. Su efecto inmediato consistió en convertir al *cestui que use* en propietario *legal* del bien afecto en *uso*, eliminando al *feoffee*, y en virtud de las interpretaciones judiciales de que la Ley fué objeto, ciertas clases de *usos* escaparon a su aplicación, las que más tarde llegaron a convertirse en el *trust* actual.¹⁶

15 Keeton, *op. cit.*, p. 18; Scott, *op. cit.*, vol. 2, p. 1066.

16 Keeton, *op. cit.*, pp. 22 y ss.; Walsh, Carolan J., *Trusts, Origin and History*, en “Corpus Juris”, vol. LXV, The American Law Book Co., New York, 1933.

B. DISTINCION PRELIMINAR ENTRE TRUST Y CONTRATO

Retrocediendo al período inicial en el desarrollo del *trust*, esto es, a la época en que aparecen los primitivos *usos*, el *cestui que use* o beneficiario carecía de derechos que pudiera hacer valer contra el *feoffee* de mala fe, cuyas obligaciones consistían en simples deberes morales. Cuando el *feoffee*, abusando de su propiedad *legal*, rehusaba al beneficiario el goce del bien puesto en *uso*, no podía el beneficiario recurrir a las acciones de *ejectment*,¹⁷ *trespass*¹⁸ u *on the case*,¹⁹ y si para remediar la situación decidía hacerse justicia por propia mano, recuperando la posesión contra la voluntad del *feoffee*, los tribunales del *Common Law* se inclinaban a favor del *feoffee* como dueño *legal*, autorizándole el ejercicio de las acciones negadas al beneficiario, que sólo tenía la propiedad en conciencia o de *equidad*.²⁰ Cuando no era el benefi-

17 Acción mixta derivada de la antigua acción de *ejectione firmæ*, para recobrar la posesión de inmuebles y reclamar contra el despojo. *Black's*; *Vid. Rabasa, op. cit.*, pp. 105 y s., 11 y s.; *Morgan, op. cit.*, pp. 81 y ss.

18 Acción para reclamar indemnización por daños y perjuicios causados por algún acto violento cometido contra una persona o sus bienes. *Black's*; *Rabasa, op. et loc cit.*; *Morgan, op. cit.*, p. 73 y ss.

19 Expresión abreviada de la acción *trespass on the case*, procedente para subsanar las limitaciones de la acción de *trespass* en la reparación del daño a una persona, como compensación por aquellos actos ilícitos en que no existía violencia directa o inmediata. *Black's*; *Rabasa, op. et loc. cit.*; *Morgan, op. cit.*, pp. 75 y s.

20 *Scott, op. cit.*, pp. 1067 y s., 1071.

ciario el creador del *uso*, sino un tercero, ese estado de cosas era explicable porque el derecho inglés no le reconocía, como tampoco ahora le reconoce, interés alguno al no ser parte en la relación; pero aun si el *uso* era creado por el propietario del bien en provecho de sí mismo, no podía promover contra el *feoffee* infiel una acción en *tort*²¹ ni por incumplimiento de contrato, a pesar de que en esta última los elementos que el *Common Law* requiere para la existencia de un contrato debían reputarse presentes: había *consideration*²² (*causa*), constituida por la transferencia de la cosa, así como mutuo consentimiento.²³

La falta de protección al beneficiario ha tratado de explicarse aduciendo razones varias. Se ha dicho que con anterioridad a la época en que los *usos*, de obligaciones puramente morales, fueron transformados en deberes obligatorios y exigibles por el Tribunal de Cancillería o de *Equidad*, no se conocía ninguna acción de *derecho estricto* para remediar el incumplimiento contractual, puesto que la de *special assumpsit*²⁴ sólo vino a desarrollarse hasta el siglo XVI. En

21 *Tort*, del latín *torquere*, torcer. Responsabilidad civil que no nace de relación contractual, sino del daño cometido a una persona o a sus bienes. Para que la acción de *tort* proceda son esenciales tres elementos: 1. La existencia de un deber jurídico hacia el perjudicado; 2. La violación de ese deber; 3. El sufrimiento de daños como efecto directo de tal violación. *Black's*.

22 *Vid. infra*, II B, p. 55.

23 Scott, *op. et loc. cit.*

24 La acción de *assumpsit* tenía por objeto la indemnización de daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de un contrato verbal, no solemne; la de *special assumpsit* es la misma acción de *assumpsit*, promovida con base en un contrato o en una promesa expresos. *Black's*; Morgan, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

cambio, el beneficiario de un *uso* gozó de la protección del canciller desde los primeros años del siglo anterior; así es que cuando la acción de *special assumpsit* adquiere madurez plena, ya los *usos* eran materia reservada al fuero de *equidad* representado por el Tribunal de Cancillería, razón que hizo innecesaria la intervención de los tribunales de *derecho estricto* o *Common Law* para proteger al beneficiario.²⁵

La explicación anterior no es convincente para Scott. Observa él que la acción denominada *covenant*²⁶ había existido en los tiempos en que los *usos* todavía no recibían la sanción del canciller, a pesar de lo cual los tribunales del *Common Law* jamás admitieron la procedencia de dicha acción para hacer jurídicamente efectivos los deberes del *feoffee* emanados de un *uso*. La realidad parece ser, agrega este autor, que la creación de un *uso* en ningún momento fué considerada por los Tribunales de *Equidad* ni por los de *Common Law* como un acto de naturaleza contractual, sino más bien como una translación de dominio (*conveyance*), como un acto de naturaleza *equitativa*, ajeno al *Common Law* y correspondiente a la jurisdicción ejercida por el canciller, acto al que no falta elemento adicional alguno.²⁷

25 Scott, *op. et loc. cit.*

26 Acción para reclamar daños y perjuicios derivados de la violación de un *pacto*, o sea un contrato otorgado bajo sello. *Black's*; Morgan, *op. cit.*, pp. 69 y ss.

27 De ahí la distinción entre *executed trust* y *executory trust*. El primero es aquel en que la intención del creador o *settlor* ha sido íntegramente declarada; el segundo, por el contrario, requiere un instrumento o acto adicional para que los derechos del beneficiario queden delimitados con precisión. *Vid. Keeton, op. cit.*, p. 33.

La creación de un *uso*, y en época posterior de un *trust*, involucra la transmisión de un *interés beneficiario* (*beneficial interest*), es decir, el provecho económico derivado de una cosa a favor de una persona que no tiene propiedad *legal* sobre la misma. Por todos estos antecedentes, la doctrina angloamericana sustenta la firme posición de que aun aceptando que el acto creador de un *trust* presuponga ciertos elementos característicos de la relación contractual, *trust* y contrato deben mantenerse y coexistir como disciplinas absolutamente autónomas.²⁸

En la actualidad, la constitución de un *trust* puede, en casos especiales, dar origen a la celebración de un contrato entre el creador (*settlor*) y el encargado de desempeñarlo (*trustee*) si éste se obliga a realizar actos diversos de los que implica el normal cumplimiento de sus funciones. Así, por ejemplo, puede convenir el *trustee* en que si el patrimonio afecto llega a sufrir menoscabo o a perderse, resarcirá los daños aun en ausencia de culpa de su parte. En tal caso, si el *trustee* desconoce su obligación, el *settlor* está facultado para entablar una acción, no de *equidad*, sino de *derecho estricto*, derivada del incumplimiento de la obligación contractual adicional. Debe tenerse presente que a pesar de que en los países anglosajones los tribunales de *Equidad* y de *derecho estricto* o *Common Law* han sido fusionados desde hace años, todavía subsiste la distinción entre *Equidad* y *Common Law*, como ordenamientos jurisprudenciales que descansan en normas y principios diversos.

Por lo tanto, los tribunales contemporáneos, siguiendo una política iniciada desde el Medievo, rehusan al benefi-

28 Scott, *op. et loc cit.*

ciario acciones en vía de *tort*²⁹ o de contrato; si el patrimonio en *trust* consiste en inmuebles, no podrá recurrir para impedir el despojo o el allanamiento a las acciones de *ejectment*³⁰ o *trespass*,³¹ respectivamente, y si el patrimonio está integrado por muebles, no podrá utilizar las acciones de *trover*,³² *detinue*,³³ *replevin*³⁴ o *case*,³⁵ a pesar de que, como se ha indicado, en la actualidad no subsista la dualidad de fueros; sin embargo, como los jueces aplican reglas de *equidad* o de *derecho estricto* según la naturaleza jurídica del problema que se les plantee, y el *trust* forma parte de la *equidad*, los recursos del beneficiario se ejercitan a través de acciones de naturaleza *equitativa*, con la sola excepción de aquellas situaciones en que la obligación del *trustee* consiste en el pago incondicional e inmediato de una suma de dinero,

29 *Vid. supra*, n. 21.

30 *Vid. supra*, n. 21.

31 *Vid. supra*, n. 18.

32 Especie de acción *on the case*, que originalmente procedía para reclamar daños y perjuicios contra la persona que había *encontrado* muebles pertenecientes a otra, apropiándose los indebidamente. Más tarde la declaración de que los bienes habían sido encontrados convirtió en una mera ficción, y la acción de *trover* fué empleada para hacer cesar una posesión sin derecho. *Black's*; Morgan, *op. cit.*, pp. 80 y s.; Rabasa, *op. cit.*, pp. 109 y s.

33 Acción para recuperar *in specie* bienes muebles de quien había adquirido su posesión lícitamente, pero que carecía de derecho para conservarlos; concedía, además, daños y perjuicios por la retención. *Black's*; Morgan, *op. cit.*, pp. 67 y ss.; Rabasa, *op. et loc. cit.*

34 Acción *ex delicto* que procedía para recobrar la posesión de bienes muebles adquiridos ilícitamente; *Black's*; Morgan, *op. cit.*, pp. 60 y ss.; Rabasa, *op. et loc. cit.*

35 *Vid. supra*, n. 19.

o en la entrega de una cosa mueble, en las que procede una acción de *derecho estricto*.³⁶

En la doctrina y en la práctica anglosajonas se menciona otra razón para no sujetar al *trustee* a una acción por incumplimiento contractual deducible por el *settlor* o por el beneficiario, y consiste en que sería entonces un tribunal asistido de un jurado, aplicando reglas de *derecho estricto*, el que tendría que resolver complejos y delicados problemas sobre la conducta del *trustee*, que se estiman más acordes con las funciones de un tribunal que recurra a normas de *equidad* sin la intervención de un jurado, o más conformes con la jurisdicción ejercida por los tribunales especiales ante los cuales se ventilan los juicios sucesorios (*probate courts*).³⁷

Las diferencias fundamentales que mantienen la separación entre *trust* y contrato han sido recogidas por Bogert en tres elementos básicos: *privity*, *consideration* y *status*.

Privity.—El *Common Law*, que en su parte medular es el conjunto de normas coercitivas elaboradas por los tribunales (*case law*), y a las cuales se reconoce mayor autoridad que al mismo derecho legislado, ha adoptado el principio de *privity*, desconocido para el derecho que regula los *trusts*, y que equivale al viejo axioma del derecho romano *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*. El *Common Law* sostiene que quien pretenda exigir el cumplimiento de un contrato debe ser parte en la relación; por el contrario, si una persona transmite bienes en *trust* para

36 Scott, *op. et loc. cit.*

37 Scott, *op. cit.*, pp. 1069 y ss.

beneficio de otra, carece de importancia el hecho de que el beneficiario no haya sido parte en el instrumento correspondiente y aun de que no haya tenido conocimiento de la existencia del acto, circunstancias que en nada afectan su derecho de exigir posteriormente el cumplimiento del *trust*. Pero, si a fin de conceder el mismo beneficio patrimonial, dicha persona utiliza la vía contractual en vez del *trust*, estipulando con el cocontratante una prestación a favor de un tercero, conforme al *Common Law* surgen serios problemas, puesto que no reconoce al tercero beneficiario acción para hacer efectivo su derecho. Ello determina la importancia práctica de la distinción entre contratos y *trusts* a beneficio de tercero.³⁸

Consideration.—A reserva de estudiar con más extensión este elemento de esencia en los contratos, baste por ahora decir que equivale a la *causa* según ha sido formulada por la doctrina francesa sobre los antecedentes del derecho romano. La *consideration* es una creación de los tribunales del *Common Law*, aceptada durante algún tiempo por los tribunales de *Equidad* en la ejecución forzada de obligaciones derivadas de un *trust*, pero que más tarde abandonan. Actualmente no es necesaria *consideration* de ninguna especie para la existencia y exigibilidad de un *trust*; todo contrato, a la inversa, para su existencia y obligatoriedad depende de *consideration* o de la formalidad de un *sello*, lo que viene a significar otra marcada diferencia entre *trust* y contrato. Por otra parte, la existencia de un contrato des-

38 Bogert, G. G., *The Law of Trust and Trustees*, vol. I, pp. 68 y ss.

cansa en la aceptación real de una oferta, en tanto que la aceptación de un *trust* se presume, y puede un *trust* permanecer vigente durante largo tiempo sin el conocimiento o la conformidad del *cestui*, sujeto, claro está, a la facultad que le asiste de renunciar a sus ventajas.³⁹

Status.—La creación de un *trust* genera una relación jurídica en que naturaleza, contenido y efectos se definen imperativamente por el derecho mismo con independencia de la voluntad de las partes, a diferencia del contrato, en que el contenido y los efectos que produce se determinan por las partes; en forma análoga, la relación existente entre *trustee* y beneficiario es materia de *status* y no de contrato. La ley deja al *trustee* en libertad para decidir si acepta o no el cargo, pero una vez aceptado, sus obligaciones están previstas por el derecho, sin que puedan ser alteradas por el *trustee* ni por el beneficiario.⁴⁰

C. METODOS DE CREACION DE LOS TRUSTS

Es de tal manera una noción definitivamente arraigada en el derecho angloamericano que los *trusts* constituyen una provincia por completo ajena a la de los contratos, que los autores no se esfuerzan por llevar más lejos el análisis de las características distintivas que separan a una y otra relación. Pero, para quienes se han formado en la escuela

39 Bogert, *op. cit.*, p. 72.

40 Bogert, *op. cit.*, p. 73; *Salmon and Winfield*, cit. por Bogert, *op. et loc cit.*, n. 43.

derivada del derecho romano, es de interés proseguir la investigación más a fondo. A ese fin estimamos inobjetable, desde el punto de vista jurídico —aun del angloamericano— el procedimiento consistente en someter las varias formas de creación de los *trusts* (según las normas prescritas por el *Common Law*) a la prueba de aplicarles los principios que rigen la creación de un contrato, conforme al mismo sistema jurídico. Esta técnica revelará, en estricta ortodoxia, si las fuentes del *trust* se identifican o no con las del contrato.

En primer término, siendo el consentimiento elemento universal de esencia en los contratos, habrá que desechar aquellos *trusts* que no nacen de la voluntad de las partes, esto es, los llamados *implícitos* (*implied*), subdivididos en *resultantes* (*resulting*) e *interpretativos* (*constructive trusts*), ya que en estas dos categorías los tribunales se substituyen a la voluntad presunta de las partes. En los primeros, una persona transmite bienes dentro de circunstancias que justifican la presunción de que no se propuso conceder un beneficio a quien los detenta; en los segundos, el tribunal *interpreta* (*construes*) una situación determinada, a efecto de impedir un enriquecimiento ilegítimo. En ambas hipótesis el consentimiento expreso para entrar en una relación jurídica está ausente, de ahí que estas dos clases de *trusts* queden eliminadas como posibles contratos.⁴¹

Nos quedaríamos así únicamente con los *trusts expresos* (*express trusts*), y de ellos excluiríamos a los de *beneficencia*.

41 Scott, *op. cit.*, vols. I, pp. 30 y ss., III, pp. 2163 y ss. “La palabra ‘constructive’ deriva del verbo ‘construe’, no del verbo ‘construct’”. Es verdad que ambos verbos derivan de la misma palabra la-

cia (*charitable trusts*), asimilables a nuestras fundaciones, y cuyas finalidades de interés social general rebasan con exceso el marco más limitado de los contratos, para conservar tan sólo a los *trusts privados expresos* (*private express trusts*).

El paso siguiente consistirá en el examen de los diversos métodos de creación de un *trust* privado expreso. Para crear un *trust* es preciso hacer una transmisión de bienes, sea por acto entre vivos o por testamento. En los Estados Unidos, desde hace algunos años, las compañías especializadas han venido tratando de propagar los llamados "*living trusts*", que consisten en la constitución de un *trust* por acto entre vivos en provecho del *settlor* durante su vida, con *remanente*⁴² a favor de otros beneficiarios a su muerte. Sin embargo, la gran mayoría de los *trusts* se constituye por testamento (*testamentary trusts*).⁴³

Declaración de trust.—Puede establecerse un *trust*, sin que haya transmisión de bienes, cuando su titular, mediante declaración, se convierte en *trustee* de los mismos en benefi-

—
tina, pero tienen significados muy diferentes en inglés. Nadie pensaría en decir que cuando existe 'constructive' fraude, dolo o publicidad, el tribunal 'construye el fraude, el dolo o la publicidad'. Cuando se dice que hay 'constructive' fraude, dolo o publicidad, lo que quiere significarse es que aun cuando realmente no existe fraude, dolo, ni publicidad, las mismas consecuencias, o muchas de ellas, se siguen. El tribunal 'construye' las circunstancias en el sentido de que las explica o interpreta, no de que las construya. Así en el caso de un '*constructive trust*', el tribunal encuentra, de las circunstancias, que algunas de las consecuencias que resultarían de la creación de un *trust* expreso deben también seguirse." Scott, *op. cit.*, vol. III, pp. 2319 y ss.

42 *Vid. infra*, p. 95.

43 Scott, *op. cit.*, vol. I, pp. 136 y s.

cio de un tercero. El *trust* es válido aunque el *trustee* no reciba *consideration* por la declaración, y la transmisión de bienes es innecesaria desde el momento en que el *trustee* los sigue reteniendo, pero ya no en su propio beneficio. Este método de creación requiere nada más la expresión o manifestación de la intención del *settlor*, y en caso de que los bienes sean inmuebles, la *Ley de Fraudes* prescribe la forma escrita.⁴⁴ El procedimiento más sencillo, según Scott, es mediante el otorgamiento por el *trustee* de un instrumento en que declare que la retención de sus bienes es en *trust*; el mismo resultado puede lograrse por el otorgamiento de un instrumento de transmisión de bienes a sí mismo, como *trustee*, y que el distinguido autor califica de “poco artístico”, puesto que antes y después de la transmisión corresponde al *trustee* el título legal. Podría también hacerse transmisión de los bienes a un tercero, quien los volvería a transmitir al enajenante, ya en calidad de *trustee*, pero ello se considera enteramente inútil.⁴⁵

Ejercicio de una “facultad de designación” (power of appointment).—Ha sido definida como el poder o la facultad creada o reservada por una persona que hace una donación o un testamento (en ambos casos es denominada el donante del poder), a fin de que otra, llamada el donatario, designe al beneficiario que eventualmente recibirá la cosa.⁴⁶ Así pues,

44 Scott, *op. et loc. cit.*

45 Scott, *op. et loc. cit.*

46 *Vid.* Eder, Phanor J., *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law*, p. 117. Antes de ofrecer esta definición, el autor afirma que esa *facultad* es una peculiaridad del derecho angloamericano desconocida del iberoamericano, y que cual-

si una persona, aun no teniendo propiedad sobre bienes, es titular de una *facultad de designación*, podrá nombrar *trustees* en vez de hacer una designación directa de beneficiario. En el caso de una *facultad general*, es decir, a favor de cualquiera que elija el titular, sea por acto entre vivos o por testamento, no existe dificultad para el nombramiento de *trustees*, quienes retendrían los bienes para el beneficiario.⁴⁷

Promesa de trust.—Puede hacerse la promesa a alguna persona de designarla beneficiaria de un *trust*, pero si la promesa es gratuita o no consta en instrumento sellado, carece de fuerza obligatoria y no da origen a un *trust*; mas cuando la promesa es obligatoria por no constituir una simple liberalidad o por haberse otorgado en instrumento bajo sello, se ha creado un *trust*.⁴⁸

quier cosa semejante está generalmente prohibida en los códigos de estos países. La primera afirmación es inexacta. El derecho español, a cuya tradición pertenecen los países iberoamericanos, ha conocido desde épocas lejanas algo todavía más radical, como es la institución de los testamentos llamados "por comisario", hechos, como su nombre lo indica, por persona distinta del testador mediante poder conferido para ese objeto. Alfonso el Sabio los permitió en el Fuero Real de 1254; sufrieron ciertas limitaciones, pero quedando vigentes, en el Código de las Siete Partidas terminado en 1265; fueron confirmados por las Leyes de Toro de 1502; por la Nueva Recopilación de 1567; con algunas modificaciones, por la Novísima de 1805, y no vinieron a ser suprimidos sino hasta el Proyecto de Código Civil de 1871, cuyo artículo 558 era análogo al 670 del Código Civil promulgado en 1889, cuyo texto dice: "El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo, ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario." *Vid.* Manresa y Navarro, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, tomo v, pp. 424, 425, 426, 429, 433.

47 Scott, *op. cit.*, pp. 138 y s.

48 Scott, *op. cit.*, pp. 139 y s.

Otros métodos.—Los procedimientos anteriores son los fundamentales para dar nacimiento a un *trust*, pero existen otras posibilidades que se mencionarán brevemente. Una persona puede crear un *trust* mediante la compra de bienes a nombre de otra, como *trustee*; en tal situación existe un *trust* expreso si éste es debidamente reconocido, como en el caso de la adquisición de un mueble a nombre de otro que conviene, verbalmente o por escrito, en retenerlo en *trust* para quien pagó el precio o para un tercero, lo mismo que si se trata de un inmueble y el convenio es por escrito. Cuando no existe convenio, o no se hace constar por escrito tratándose de un bien raíz, normalmente surge un *trust resultante* a favor de quien pagó el precio. Otra modalidad es aquella en que el único beneficiario de un *trust* da instrucciones al *trustee* de retener los bienes en provecho de persona distinta. Por último, el que toma un seguro de vida, si se ha reservado la facultad de cambiar beneficiario, puede hacer que el ya designado retenga póliza e indemnización en *trust*, a favor de un tercero.⁴⁹

49 Scott, *op. cit.*, p. 143.

II

TEORIA CONTRACTUAL INGLESA

A. LA ACCION DE ASSUMPSIT

Antes de analizar separadamente los diversos métodos de creación de los *trusts* para determinar si revisten o no los caracteres que el *Common Law* atribuye al contrato, es necesario, así sea superficialmente, exponer la teoría contractual que ha elaborado el derecho inglés.

El desarrollo de una doctrina de los contratos es tardía en Inglaterra si se le compara con el de los países de la Europa continental que habían heredado la técnica insuperable del derecho romano. Bracton, el jurista del siglo XIII, en una actitud típicamente inglesa, expresa que las soluciones del derecho romano no se “ajustan” a los hechos, según éstos aparecen en su país.⁵⁰ El *Common Law*, fiel a sí mis-

⁵⁰ Cit. por Holdsworth, W. S., *History of English Law*, vol. III, p. 412.

mo, prefiere descubrir a través de los pasos lentos y vacilantes de su evolución jurisprudencial una elaboración propia, que con el curso del tiempo llega a convertirse en una teoría acabada y a satisfacer las necesidades de la convivencia social.

En sus comienzos, el Tribunal de Cancillería, al que se debe la existencia y el desarrollo de la rama jurídica basada en los principios y en las normas de *equidad*, intervenía en el cumplimiento de los contratos inspirado en criterios muy diversos de los conocidos por los tribunales del *Common Law*. Los cancilleres, en su mayor parte eclesiásticos, consideraban el incumplimiento contractual como violación de la fe guardada, punible por el derecho canónico. Al despuntar la época medieval los tribunales del *Common Law* carecían de medios adecuados para constreñir al cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato. La acción de *covenant*⁵¹ sólo era procedente si el contrato se había otorgado por escrito y bajo sello, la de *debt*⁵² era aplicable únicamente a ciertos contratos “consumados” (*executed*).⁵³ Careciendo de medios adecuados para lograr el cumplimiento de tales obligaciones —dice Holdsworth—, no pudieron en un principio formular una teoría satisfactoria; no habían percibido aún la idea de que la esencia del contrato reside en el consentimiento, y de que este elemento, cumplidas ciertas

51 *Vid. supra*, n. 26.

52 Acción para obtener la devolución de una cantidad líquida de dinero. *Black's*; Morgan, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

53 Contratos que han quedado cumplidos inmediatamente después de expresarse el acuerdo de voluntades, sin que a las partes quede nada por dar o hacer. *Black's*. (Los contratos instantáneos de nuestra doctrina jurídica.)

condiciones, debe dar nacimiento a una obligación jurídicamente exigible.⁵⁴

Cuando los tribunales laicos del *Common Law* sorprendían a los eclesiásticos invadiendo la jurisdicción civil, a pretexto de hacer cumplir obligaciones derivadas de la fe guardada, decretaban *interdictos de prohibición* (*writs of prohibition*), y de no haber reaccionado a tiempo a fin de proporcionar medios idóneos para el cumplimiento de los contratos, tal vez el derecho regulador de éstos hubiera caído íntegramente bajo la jurisdicción de los tribunales de *Equidad*. Para fortuna de los tribunales del *Common Law*, la rivalidad que sostenían con el canciller les forzó a depurar sus métodos, y desde mediados del siglo XIV perfeccionan una especie de la acción de *trespass on the case*⁵⁵ denominada *assumpsit*, literalmente, “él ha prometido”.⁵⁶

Originalmente —expone Ames— la acción de *assumpsit* representaba una variedad de la acción *on the case* cuya naturaleza se consideraba análoga a la de *tort*.⁵⁷ Las primeras situaciones en que se concedió un *assumpsit* reflejan con fidelidad los problemas de cada día en esa lejana época: dicha acción prosperó contra el barquero que se comprometió a transportar un caballo a través del río, pero que sobrecargó en tal forma el lanchón, que el caballo pereció ahogado; contra el curandero que ofreció realizar una cura, pero que administró al enfermo medicamentos contraindicados;

54 Holdsworth, *op. cit.*, pp. 455 y ss.

55 *Vid. supra*, n. 19.

56 Holdsworth, *op. et loc. cit. Vid. supra*, ns. 19 y 24.

57 *Vid. supra*, n. 21.

contra el herrador que lastimó a un caballo al herrarlo, de lo que le vino cojera; contra el barbero que debió rasurar a un parroquiano con una navaja limpia, pero que desempeñó su trabajo en forma tan negligente y poco higiénica que le estropeó la piel; contra el carpintero que, a pesar de su compromiso, fabricó en forma deficiente.⁵⁸

De situaciones en que existía la comisión de un hecho indebido o ilícito (*misfeasance*) como en las acabadas de mencionar, el *assumpsit* fué extendido a simples omisiones (*non-feasance*), y más tarde a la promesa de saldar una deuda anterior. Las etapas más salientes en la evolución del *assumpsit* han sido descritas por el mismo autor en estas palabras: “Inicialmente una acción en vía de *tort*,⁵⁹ transfórmase después en una acción contractual, y más adelante en un recurso para cuando no existía hecho ilícito ni contrato. Apoyado el *assumpsit* al principio sólo en una promesa expresa, descansa posteriormente en una promesa implícita y aun en una ficticia. Acción surgida como una variedad de la acción *on the case*,⁶⁰ alcanza con el tiempo el rango de una acción independiente que hizo inútil a la de *debt*,⁶¹ conviértese en concurrente con la de *account*,⁶² con la de *on the case* cuando ésta se empleaba respecto a depósitos, garantías y letras de cambio, y llega a rivalizar con

58 Ames, J. B., *Express Assumpsit*.

59 *Vid. supra*, n. 21.

60 *Vid. supra*, n. 19.

61 *Vid. supra*, n. 52.

62 Acción procedente contra la persona que, por virtud de alguna relación legal, estaba obligada a rendir cuentas a otra, y se rehusaba a hacerlo. *Black's*; Morgan, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

los cuasicontratos del fuero de *equidad*, como emanación del principio de enriquecimiento ilegítimo.” Sería difícil —afirma Ames— encontrar un mejor ejemplo de la flexibilidad y capacidad intrínseca de desarrollo del *Common Law*.⁶³

Por un proceso gradual, pues, la acción de *assumpsit* vino a diferenciarse de otras acciones *on the case* hasta ser considerada como de naturaleza contractual, semejante a las de *covenant* y *debt*, más que a las derivadas de *tort*.⁶⁴

B. DOCTRINA DE LA CONSIDERATION

La teoría contractual inglesa está contenida en el concepto de *consideration*, que distingue al contrato del *nudum pactum*. Indica Holdsworth que si se excluyen el llamado “contrato de *record*”,⁶⁵ que no es contrato, el contrato celebrado por escrito y bajo sello, y algunos otros contratos sujetos a ciertas formalidades por leyes especiales, puede afirmarse que todo convenio basado en *consideration* es jurídicamente exigible, o en otros términos, que es un auténtico contrato.⁶⁶

63 *Op. cit.*

64 Williston, S. A., *Treatise on the Law of Contracts*, pp. 317 y ss.

65 Denominanse “contratos de *record*” ciertas sentencias dictadas por los tribunales, y ciertos reconocimientos hechos por las partes ante la presencia judicial, que reciben la sanción del tribunal. Estrictamente no son contratos, por más que el *Common Law* acepta que puedan ejecutarse como si lo fueran. *Black's*.

66 Holdsworth, *op. et loc. cit.*

Ahora bien, con la evolución de la acción de *assumpsit* paralelamente se desarrolla la idea de que un contrato es un convenio basado en *consideration*. Como ya hemos visto, el *assumpsit* surgió de la comisión de hechos indebidos o ilícitos, para aplicarse con posterioridad al caso de simples omisiones y a la promesa de saldar una deuda contraída. Nótese cómo la razón de ser del *assumpsit* difiere en las situaciones anteriores: en las dos primeras se ha causado un daño a alguien, en su persona o en su patrimonio, por un acto o una omisión imputable a otro, a quien se considera casi como a un malhechor (*tortfeasor*); en la última situación se trata tan sólo de una deuda. De ambas originase la alternativa citada con frecuencia en las definiciones de la *consideration*: un detrimento al actor o un beneficio al demandado.⁶⁷

La definición clásica de *consideration* la hace consistir “en algún derecho, interés, ganancia o beneficio que resulta a favor de alguna de las partes; o en alguna abstención, detrimento, pérdida u obligación dada, sufrida o asumida por la otra”.⁶⁸ A juicio de Pollock, la *consideration* tiene un alcance más amplio que el de la *causa* según ésta es concebida en el derecho francés moderno, puesto que no importa si la parte que acepta la *consideration* obtiene un beneficio efectivo o no: basta con que la acepte, y que la parte que la dé asuma alguna carga o pierda algo que jurídicamente pueda ser de valor.⁶⁹ Para Holdsworth es un con-

67 Williston, *op. et loc. cit.*

68 *Currie v. Misa*, 1875 L. R. Ex at p. 162, cit. por Holdsworth, *op. et loc. cit.*

69 Cit. por Holdsworth, *op. et loc. cit.*

cepto más definido y preciso porque excluye simples motivos u obligaciones de orden moral.⁷⁰

La doctrina de la *consideration* ha sido objeto de críticas dentro de la doctrina anglosajona. Las normas del derecho, como toda otra cosa en esta era moderna —dice Lord Wright— deben estar preparadas para justificarse a sí mismas contra cualquier ataque, sin que puedan refugiarse tras de su antigüedad o en la prescripción. Por tanto, es procedente volver a examinar los principios que conforme al *Common Law* determinan cuáles son las condiciones de esencia para que un convenio represente una obligación jurídica. Parecería, *a priori*, observa este autor, que el criterio a adoptarse debía ser el de precisar si existe una seria y deliberada intención de contraer obligaciones jurídicamente exigibles. Pero el *Common Law* se ha obstinado en la posición de que debe haber algo fuera del convenio mismo, y lo ha definido de modo objetivo y práctico como un ingrediente diverso de motivo, deseo, incitación, objeto, elementos todos ajenos a la reciprocidad implícita en un contrato, y ha escogido a la *consideration* como criterio, definiéndola en términos realistas. Personalmente creo —agrega— que la teoría de la *consideration* no debiera encontrar lugar en la rama de contratos de nuestro sistema jurídico, convicción que no soy el único en sostener, ya que la comparten los profesores Lorenzen y Pound. Sin embargo— concluye Lord Wright— temo que haya pocas perspectivas de que en un futuro cercano el derecho inglés se modifique en as-

70 *Op. et loc. cit.*

pecto de tanta importancia, en razón del lastre que constituye la inerte tradición jurídica que sería necesario remover.⁷¹

Debemos anotar, empero, que desde hace cuando menos cuatro siglos el *Common Law* ha reconocido que en los contratos bilaterales la promesa de una de las partes sirve como *consideration* para la promesa de la otra.⁷²

C. AUSENCIA DE NOTAS CONTRACTUALES EN EL TRUST

Ahora sí estamos en condiciones de enjuiciar los diversos métodos de creación de un *trust* y resolver si son susceptibles de equipararse a la relación contractual. Examinemos, en primer lugar, el *trust* testamentario. En la doctrina angloamericana no se encuentra intento alguno para distinguir al contrato del testamento, sin duda por ser tan claras las diferencias entre uno y otro. Scott, por ejemplo, dedica cierto espacio al examen de las divergencias entre el albaceazgo y el cargo de *trustee*, pero ninguno con referencia al punto que nos ocupa. Sin embargo, será suficiente recordar, para no descender a contrastes inútiles, que según el concepto adoptado por el *Common Law*, y que el *Restatement del Derecho de Contratos*⁷³ reproduce, el contrato unilateral es “aquel en que el promitente no recibe promesa alguna

71 *Ought the Doctrine of Consideration to be abolished from the Common Law.*

72 *Pecke v. Redman*, Dyer 113 a (1556); *Nichols v. Raybred*, Hob. 88 (1614). *Vid.* Williston, *op. cit.*, pp. 18 y ss.; *Corbin on Contracts*, p. 446.

73 *Vid. supra*, n. 19.

como *consideration* de su promesa”, y el bilateral “aquel en que existen promesas mutuas entre las dos partes que celebran el contrato, cada una siendo a la vez promitente y aceptante”.⁷⁴

Se notará implícita, en las dos situaciones, la necesidad de que las partes en la relación vivan al tiempo de celebrarla. Los exponentes de mayor autoridad en la doctrina norteamericana de Contratos estudian con detenimiento el efecto producido por la muerte o incapacidad mental de cualquiera de las partes en la ejecución del contrato, y aun cuando en ciertas circunstancias se admite que el contrato debe cumplirse, sostiénese en general que la muerte del promitente extingue la oferta, y que la muerte de quien la recibe, antes de aceptarla, acarrea el mismo resultado.⁷⁵

Continuemos con los métodos restantes de creación de un *trust*. Si bien de origen relativamente moderno, pues fué establecido por lord Eldon en 1811,⁷⁶ se reconoce plena eficacia al principio de la gratuita declaración de un *trust* hecha por el propietario, como *settlor*, para retener los bienes en adelante, en calidad de *trustee*, en beneficio de un tercero. De conformidad con el derecho angloamericano el método anterior no es susceptible de asimilarse a la celebración de un contrato, al rechazar la existencia del contrato consigo mismo.⁷⁷ Jenks, al respecto, hace estas afirmaciones: “Debe

74 Cit. por Williston, *op. et loc. cit.*

75 Williston, *op. cit.*, p. 81; Corbin, *op. cit.*, p. 169.

76 Ex parte Pye (18 Ves. 140, 1811), cit. por Scott, *op. cit.*, p. 175.

77 Entendiendo por esta expresión no el sentido que le atribuye la doctrina europea, sino la connotación derivada literalmente. *Vid.* Borja Soriano, M., *Teoría general de las obligaciones*, p. 365.

haber cuando menos dos partes en un contrato, aun cuando sólo una de ellas deba contraer obligaciones de conformidad con éste. Ningún individuo está en posibilidad de contratar consigo mismo, a pesar de que pueda, teóricamente, contratar con un grupo de personas que lo incluya, pues en realidad se considera como que ha contratado con los demás componentes del grupo. Nadie puede, en forma efectiva, hacer exigible una obligación contra sí mismo.”⁷⁸

Como posibles métodos equiparables al contrato, quedarían, entonces: 1º, la creación normal de un *trust* entre vivos; 2º, el ejercicio de la *facultad de designación*, y 3º, la promesa de *trust*. En las dos primeras formas la presencia de un elemento exclusivo de la relación fiduciaria (*status*) y la ausencia de un elemento exclusivo de la relación contractual (*privity*), las sustraerían de inmediato del campo de los contratos; sin embargo, provisionalmente podría aceptarse que, al compartir la nota de la *consideration*, la transmisión del bien en *trust* sería la *consideration* de los deberes asumidos por el *trustee* (por más que el *trust*, como ya se ha indicado, no requiera de *consideración*), lo cual permitiría sostener que se está frente a una relación contractual. De la última forma podría decirse lo mismo, puesto que se reconoce que la promesa para crear un *trust* en el futuro no es jurídicamente exigible, a menos que los requisitos para la formación de un contrato se hayan cumplido. Tal promesa, como cualquiera otra, es obligatoria solamente si ha habido *consideration*; pero si tiene carácter gratuito, o no ha sido otorgada en instrumento sellado, le falta eficacia como obliga-

78 Jenks, E., *The Book of English Law*, p. 396.

ción jurídica.⁷⁹ Por tanto, también aquí la asimilación entre *trust* y contrato sería válida.

Y sin embargo, a pesar de estos argumentos en apariencia favorables, debe reconocerse que son esencialmente teóricos y artificialmente forzados. No hay duda ninguna de que, dentro del *Common Law*, carece de interés para la doctrina y la práctica insistir en la analogía entre las relaciones fiduciaria y contractual. Demos ahora por reproducidas las diversas razones de orden jurídico e histórico antes expuestas, para concluir que los principios, las finalidades y la naturaleza misma de dichas relaciones, establecen entre el *trust* y el contrato una tajante separación.

79 Scott, *op. cit.*, pp. 179 y ss.

III

EL FIDEICOMISO EN MEXICO

A. ADOPCION DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO

El fideicomiso en nuestro país, no obstante su reciente adopción, sobre todo si se la compara con los largos siglos de evolución que ha recorrido el *trust* inglés, ha venido adquiriendo caracteres más precisos y definidos a medida que las operaciones autorizadas en forma abstracta por la reglamentación positiva toman cuerpo en la realidad social y jurídica. La circunstancia de tratarse de una operación privativa de los bancos, y el hecho de que los tribunales han tenido contadas oportunidades de intervenir en litigios que se refieran al fideicomiso, han determinado, a diferencia de lo que ocurre en los países anglosajones, que las normas hasta ahora dictadas entre nosotros para precisar algunos de sus principios provengan, no de las autoridades judiciales, sino de un órgano administrativo: la Comisión Nacional Bancaria.

De acuerdo con la ley, está investida la Comisión de facultades de inspección y vigilancia sobre las instituciones de crédito, y en uso de esas facultades ha dictado resoluciones sobre la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos bancarios, y ha expedido circulares e instrucciones de carácter general dirigidas a las instituciones de crédito del país.⁸⁰

Por más que el fideicomiso no haya logrado todavía una madurez plena, existe ya un acopio considerable de experiencias que hace factible la elaboración de una nueva estructura legal que venga a superar la deficiente concepción y reglamentación vigentes que, si eran provisionalmente

80 Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Art. 160.—La inspección y vigilancia de las instituciones de crédito y de las organizaciones auxiliares queda confiada a la Comisión Nacional Bancaria; art. 164.—Serán facultades y deberes de la Comisión Nacional Bancaria: II. Actuar como cuerpo de consulta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los casos que se refieren al régimen bancario y en los demás que la ley determina; IV. Establecer las normas necesarias para la aplicación de esta ley y de los reglamentos que para la ejecución de la misma dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y coadyuvar con sus normas e instrucciones a la política de regulación monetaria que compete al Banco de México, siguiendo las instrucciones que reciba del mismo; VI. Opinar sobre la interpretación de esta ley y demás relativas en casos de duda respecto a su aplicación.

Reglamento Interior de la Comisión Nacional Bancaria. Art. 11.—En su funcionamiento interno, la Comisión tendrá, en los términos de la ley, la dirección superior de las labores de inspección y vigilancia de las instituciones de crédito y auxiliares, estando facultada a ese efecto para: 3º Dictar las resoluciones que deban adoptarse sobre la interpretación y aplicación de las leyes y los reglamentos relativos a las materias de su competencia; 4º Expedir circulares e instrucciones de carácter general a las instituciones de crédito y auxiliares; y 5º En general, adoptar todas las medidas y resoluciones que no se refieran a meros actos de vigilancia o de ejecución.

aceptables hace veinte años, en la actualidad no responden al desarrollo alcanzado.

Como se sabe, el fideicomiso nace a la vida jurídica en México a principios de 1925, al promulgarse la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que refleja cierta influencia derivada de las labores de la Convención Bancaria que había tenido lugar un año antes. Sería interesante ahondar más en el problema de si en la implantación del fideicomiso en nuestro país tuvo alguna parte el profesor Kemmerer, recordando su estancia entre nosotros ⁸¹ a fines de 1917, y la adopción por varios países sudamericanos de las “comisiones de confianza” como operación bancaria, a consecuencia de las recomendaciones de la Misión por él presidida. Hasta el momento no hemos descubierto ningún dato concreto que permita confirmar la conjetura, y más bien nos inclinamos a desecharla, considerando que su visita a México tuvo una finalidad específica y urgente: la de colaborar en nuestra reorganización financiera.

Cualquiera que haya sido la inspiración individual en la introducción del nuevo mecanismo jurídico, el primer esfuerzo oficial serio al respecto está constituido por el proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, preparado por el señor Enrique C. Creel, que había adquirido un conocimiento directo de la práctica del *trust*

81 Kemmerer, E. W., *Monetary System of Mexico*. Comisión de Reorganización Administrativa y Financiera, República Mexicana. Palacio Nacional, 1917.

durante varios años de observación de la realidad bancaria norteamericana.⁸²

Por cuanto a la Ley de 1925, es inexacta la afirmación hecha de que “en la vida jurídica mexicana primero fueron los bancos de fideicomiso y después el fideicomiso mismo, o sea que, en contra de lo ordinario, el órgano existió primero que la función”.⁸³ Lo cierto es que la función se creó simultáneamente con el órgano, pues el art. 73 dispuso que “los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia”. Más atinado hubiera sido decir que la Ley no contenía una reglamentación detallada ni un concepto definido de las operaciones fiduciarias.

La Ley de Bancos de Fideicomiso de junio de 1926, incorporada a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de agosto del mismo año, recoge una nueva influencia: la del jurista panameño Ricardo J. Alfaro, al hacer suya la antijurídica versión del fideicomiso como un mandato irrevocable transmisor de bienes, más tarde abandonada por su autor. Por último, la ley vigente, conservando en su articulado rastros visibles de la estructuración panameña, elimina la noción del mandato para consagrar la concepción de Lepaulle: afectación (para nuestra ley “destino”) de bienes a un fin determinado. En la

82 *Vid.* sesión del 28 de febrero, Convención Bancaria de 1924.

83 Krieger Vázquez, E., *Notas sobre el fideicomiso*, p. 30.

evolución de nuestro fideicomiso sobre este aspecto se distinguen así tres etapas: en la primera hay una ausencia de concepto; en la intermedia, la admisión del régimen contractual; y en la última, la de una imprecisa y vaga nota de *destinación* que nada aclara sobre su naturaleza, realizada por acto entre vivos o por testamento.

Según la técnica que hemos seguido, y siendo el objeto de nuestro estudio “el elemento contractual en la relación fiduciaria”, nos limitaremos al análisis de sólo una de las formas de creación del fideicomiso, la que se celebra por acto entre vivos, pues, según se ha visto, la analogía entre testamento y contrato no debe llevarse más lejos, sino limitarse precisamente a eso: a ser una simple analogía que no pretenda una identificación artificiosa.⁸⁴ La sola concurrencia de voluntades no basta para hacer surgir, invariablemente, una relación contractual, como acontece, por ejemplo, en la designación y aceptación de la tutoría, y en el albaceazgo; este último, en cambio, sí tendría más puntos de contacto con la aceptación que de un fideicomiso testamentario hiciera la institución fiduciaria.

El contrato presupone, al menos, dos partes que vivan al tiempo de su celebración. “Cada parte en el contrato declara su voluntad; pero, para que el contrato se forme, es necesario que haya *dos consentimientos*, es decir, siguiendo la etimología misma de la palabra, que las partes tengan al mismo tiempo el mismo sentimiento. Es el encuentro de las

84 “Aun en el caso del fideicomiso constituido por testamento, si bien no tiene exactamente la configuración de un contrato, es indispensable una concurrencia de voluntades entre el testador y la

dos voluntades lo que forma el contrato.”⁸⁵ En algún ejemplo aislado que ofrece nuestro derecho positivo,⁸⁶ en que se da efecto a la obligación, a pesar de la muerte de una de las partes, debe, sin embargo, observarse que antes de la muerte ya se había consumado el acuerdo de voluntades. La voluntad expresada por una persona antes de fallecer no permanece, por así decirlo, flotando en el tiempo y en el espacio, gozando de autonomía existencial, en espera de que se le venga a adherir la voluntad de una persona viva, y perfeccionar así un contrato.

B. CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO POR ACTO ENTRE VIVOS

Vamos a circunscribirnos, pues, al fideicomiso constituido por acto entre vivos. Ya se ha consignado⁸⁷ la observación de que “la ley habla de acto constitutivo y no de contrato (artículos 350, 355, 356 L. Tít. Op. Cr., 137 L. Inst. Cr.), y sólo excepcionalmente de contrato (art. 45, fr. VII L. Inst. Cr.)”.

institución fiduciaria, pues de lo contrario no es posible su existencia.” Lizardi Albarrán, M., *Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso*, p. 130.

85 Planiol, M., *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tome 2, p. 20.

86 Código Civil del Distrito y Territorios Federales, art. 1809.— “Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato.”

87 Rodríguez y Rodríguez, J., *El fideicomiso. Esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento*. La expresión se usa también en la frac. xv del art. 45 (L. Inst. Cr.).

Objetando la posición del licenciado Lizardi Albarrán en el sentido de que al excluir el legislador a los fideicomisos implícitos del ordenamiento mexicano, “reduce el fideicomiso a una operación exclusivamente contractual”, el doctor Molina Pasquel se ha expresado en los siguientes términos:

“Nos parece extraño que del art. 352 de la Ley, que dice puede constituirse por ‘acto entre vivos o por testamento’, este autor haya reducido el alcance sólo al contrato, como si ‘entre vivos’ quisiera decir ‘contrato’, y no fuera fuente de las obligaciones la declaración unilateral de voluntad que rige el capítulo II, Título Primero de la Primera Parte del Libro Cuarto, de las Obligaciones, en el Código Civil. La fuente de la voluntad unilateral es diversa de la fuente contractual y de la estipulación a favor de tercero, estipulación que puede ser creada por acto unilateral. Pero la fuente del derecho del fideicomisario no es forzosamente el contrato o la estipulación en favor de tercero, como lo afirma el autor comentado (p. 144, obra citada) que es muy claro en su aserto, y de él deriva toda una parte de su doctrina.”⁸⁸

El doctor Rodríguez y Rodríguez sostuvo también el criterio de que “el fideicomiso es un negocio jurídico unilateral o plurilateral”,⁸⁹ fundando su juicio en la forma que a continuación se transcribe:

88 *Los derechos del fideicomisario*, pp. 138 y ss. Afirma también el licenciado Lizardi: “Fijado así el requisito de la concurrencia de voluntades, bastará sólo considerar los efectos del fideicomiso, crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, para precisar su carácter contractual.” *Op. cit.*, p. 130.

89 *Op. cit.*

“Normalmente el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto *íntervivos*, o en su testamento. En este caso, su declaración es obligatoria inmediatamente para él, puesto que no puede revocar el fideicomiso si expresamente no se reservó esa facultad (art. 357, fr. iv), no puede modificarlo si no es con el consentimiento del fideicomisario (art. 45, fr. iv, párrafo 3º L. Inst. Cr.), y produce efectos frente a terceros por su publicación (arts. 353 y 354), todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario, que por lo mismo no son manifestaciones de voluntad esenciales para integrar el negocio jurídico. La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo *son condiciones jurídicas para la ejecución* del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica.”⁹⁰

Examinemos por su orden estas dos posiciones. Por lo que se refiere a las posibilidades que abre la fuente extracontractual de la declaración unilateral de la voluntad, en realidad son sólo aparentes. En efecto, esta fuente se traduce en la enumeración limitativa de tres hipótesis: las ofertas al público, la estipulación en favor de tercero y la obligación en documentos civiles a la orden o al portador, de las cuales la única que podría aprovecharse para el fideicomiso es la estipulación en favor de tercero, que necesariamente debe hacerse en un contrato (art. 1868 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales).

⁹⁰ *Op. cit.* En el mismo sentido Krieger Vázquez, E., *op. cit.*, p. 44.

Como ha dicho el doctor Borja Soriano, “aparte de la policitación el código vigente dedica un capítulo a la declaración unilateral de la voluntad, considerando como fuentes de obligaciones de esta naturaleza las ofertas al público, la estipulación en favor de tercero y la obligación en documentos civiles a la orden o al portador (arts. 1860 a 1881). Nótese que el contrato es fuente general de las obligaciones, pues siempre que una persona quiere obligarse para con otra, que acepta, queda obligada si en el contrato se observan los requisitos legales. *Por el contrario, no basta que una persona declare que quiere obligarse para dar nacimiento a una obligación, sino que este efecto sólo se producirá en los casos en que la ley así lo admite.*”⁹¹

En cuanto a la segunda posición, basada en que la declaración del fideicomitente expresada en un acto inter vivos irrevocable crea un fideicomiso, ya que la adhesión del fiduciario es sólo condición jurídica de ejecución y no de su perfección jurídica, debe indicarse que, aun si se admitiera la obligatoriedad legal para las instituciones fiduciarias de aceptar los fideicomisos que se les encomienden —muy discutible según nuestros principios de derecho constitucional—, queda siempre la posibilidad de excusa del desempeño del cargo por causas graves (art. 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), y en último término es siempre indispensable que el fiduciario manifieste su aceptación, expresa o tácitamente, para que adquiera los dere-

91 *Teoría general de las obligaciones*, pp. 431 y ss. (el subrayado es nuestro).

chos y las obligaciones inherentes al cargo. En otras palabras, es esencial que exteriorice su consentimiento.⁹²

C. EL CONTRATO COMO FUENTE UNICA DE LA RELACION FIDUCIARIA

Siendo la exteriorización del consentimiento elemento de esencia en la relación,⁹³ resulta plenamente justificada la aseveración de que en México el fideicomiso creado por

92 Compárese el art. 356, en su parte conducente: "La institución fiduciaria... no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio...", con la garantía consagrada en el art. 5º de la Constitución Federal: "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123. En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los de jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito; los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale."

La falta de un Arancel de honorarios para las instituciones fiduciarias dificulta todavía más el que la declaración de un fideicomiso irrevocable hecha por acto entre vivos surta efectos inmediatos.

93 Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, art. 1794.—"Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento." Art. 1803.—"El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presuman o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente." Art. 2224.—"El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

acto entre vivos ha quedado reducido a un contrato, y que a falta de aceptación del cargo y resultando imposible la substitución, más que hablar de cesación del fideicomiso, debe hablarse de su inexistencia. En esta hipótesis, el fideicomiso no se extingue en los términos de la última fracción del art. 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo que se extingue es la posibilidad de que llegue a tener existencia jurídica.⁹⁴

Podemos así afirmar que el legislador de 1932 parece haber tratado de establecer, dentro de la forma de constitución entre vivos del fideicomiso, fuentes adicionales a la puramente contractual, pero que su propósito quedó frustrado por la necesidad que existe y seguirá existiendo de que el fiduciario exprese su consentimiento (expreso o tácito), de no mediar una causal de excusa.

Algunos ejemplos se han propuesto para defender la unilateralidad del fideicomiso. El licenciado Krieger Vázquez ha ofrecido los siguientes: a) Una institución fiduciaria destina un conjunto de bienes para beneficio de los tenedores de certificados fiduciarios que emite y se declara fiduciaria de los bienes en beneficio de aquéllos. En este acto, afirma, la institución bancaria, por su sola voluntad, está constituyendo un fideicomiso sobre bienes propios. En estricta técnica jurídica, agrega, podríamos distinguir dos actos unilaterales sucesivos en un mismo sujeto de derecho: uno, la constitución del fideicomiso, con su elemento integrante, la designación; otro, la aceptación del encargo. Si se intenta encajar al fideicomiso en una estructura bilateral, concluye, resultará el absurdo de un sujeto contratando

94 *Vid.* Lizardi Albarrán, *op. cit.*, p. 130.

consigo mismo; b) un banco fiduciario se propone vender un bien de su propiedad a una persona que conviene en adquirirlo, pero que a su vez desea entregarlo en fideicomiso al banco por un término de diez años para su propio beneficio, y al vencimiento adquirir la plena propiedad. La doble “transacción”, dice el autor del ejemplo, se simplifica con el uso de la técnica jurídica del fideicomiso, pues en lugar de celebrar una compraventa y después constituir un fideicomiso, bastará con que el banco propietario constituya un fideicomiso por diez años para beneficio de su cliente, designándose a sí mismo fiduciario y estipulando que transcurrido el término el bien pasará en plena propiedad al fideicomisario; c) un banco celebra un contrato de mutuo en el cual el mutuuario se obliga a constituir un fideicomiso sobre los bienes que adquiera con el dinero prestado, comprometiéndose asimismo a designar fiduciario a una institución de crédito fijada de común acuerdo. Existe un acuerdo de voluntades en todo lo relativo al mutuo y existe el acuerdo también en lo relativo a la constitución de un fideicomiso para garantizar el pago; pero tal acuerdo, afirma, no tiene efectos creadores de la situación fiduciaria: el fideicomitente mutuuario se obliga contractualmente a establecer un fideicomiso, y tal obligación la acepta el mutuante como garantía, pero el negocio no se constituye hasta que el fideicomitente expresa su voluntad en ese sentido; d) un último caso, en el cual la apariencia de bilateralidad es particularmente engañosa, se da cuando una persona ocurre a una institución a la que pretende designar fiduciaria, y se conviene en las condiciones de establecimiento celebrándose un contrato en el que constan las condiciones bajo las cuales

se obliga el futuro fideicomitente a dar origen al negocio y en las cuales se obliga el fiduciario a aceptar su designación. Aquí, sostiene, hay obligaciones recíprocas derivadas del convenio, hay dos voluntades que se acuerdan, y, sin embargo, su objeto no es el objeto del fideicomiso, pues nuevamente este negocio vuelve a aparecer como prestación a cargo de las partes y la aceptación y desempeño del cargo es la prestación a cargo de la otra.⁹⁵

Los cuatro ejemplos anteriores son inconducentes para demostrar la tesis de la unilateralidad. En cuanto a la primera hipótesis, debe tenerse presente que no es legalmente posible, porque según lo dispuesto por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, art. 46, las instituciones fiduciarias o el departamento fiduciario de las instituciones de crédito que gocen de autorización para establecerlo, tienen prohibido realizar por cuenta propia ninguna clase de operaciones, salvo las que puedan llevar a cabo con su capital y reservas, en los términos de la fracción XIII de dicho precepto, y las necesarias para su propia administración. Tales operaciones están limitadas a la inversión en monedas circulantes o depósitos a la vista o a plazo, o en valores aprobados, o en inmuebles (para su oficina matriz o sucursales), mobiliario o gastos de constitución y similares. Además, el art. 228 a, inciso a) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, prescribe que los certificados de participación son títulos de crédito que representan el derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier

95 *Op. cit.*, p. 50.

clase que tenga *en fideicomiso irrevocable* para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita, todo lo cual demuestra con claridad que la hipótesis propuesta está incorrectamente construída desde el punto de vista jurídico, puesto que una institución bancaria no puede constituir fideicomisos sobre bienes propios, y la emisión de certificados fiduciarios presupone que la propiedad de los bienes que le sirve de base corresponde a terceros.

El caso a que se refiere el punto b) adolece justamente de idéntica imposibilidad legal, y por lo que hace al c), el fideicomiso de garantía se constituye, no cuando el fideicomitente expresa su voluntad unilateral, sino cuando el fiduciario manifiesta su aceptación.

El ejemplo sugerido bajo el punto d) no tiene ninguna engañosa apariencia de bilateralidad: se trata de una simple promesa o precontrato de fideicomiso, y aun cuando fuera unilateral, llegado el momento de celebrar el contrato definitivo, debe aparecer el elemento esencial de la concurrencia de voluntades.

En las dos últimas hipótesis, únicas jurídicamente aceptables de las cuatro ofrecidas, puede verse sin dificultad que el *test* final continúa siendo la manifestación de voluntad del fiduciario para aceptar el cargo, que unida a la previa declaración del fideicomitente, viene a perfeccionar un convenio que produce y transfiere obligaciones y derechos, esto es, un contrato.

¡Demostrado así que la relación fiduciaria en el derecho mexicano únicamente puede revestir carácter contractual, quedaría por resolver en cuál subclasificación estaría comprendido el fideicomiso. Desde el momento mismo de crear-

se la relación ambas partes adquieren derechos y obligaciones correlativos: el desempeño del cargo por lo que hace al fiduciario, el pago de sus honorarios por cuanto al fideicomitente, reduciendo tales derechos y obligaciones a su expresión más simple. Aun en aquellas situaciones en que la obligación del fideicomitente ha quedado limitada a un mínimo de pasividad, como cuando se pacta que el fiduciario deducirá sus honorarios de los productos del patrimonio fideicometido, la obligación sigue siendo personal. Sólo en sentido figurado podría admitirse que es a cargo del patrimonio. Aparte de este deber primordial, queda latente la posibilidad de obligaciones adicionales para el fideicomitente, como sería el caso en que el fiduciario sufriera la evicción del bien afecto, señaladamente en el llamado “fideicomiso de garantía”, en que aquél vendría obligado a prestar el sancamiento.

Afirma Ruggiero que la actual distinción entre contratos bilaterales y unilaterales difiere por completo de la antigua distinción, fundada en la existencia de una doble y única declaración de voluntad, por lo que en definitiva todos los contratos serían siempre bilaterales. La moderna posición, en cambio, se apoya en el criterio de que una sola de las partes asuma obligaciones frente a la otra, o ambas recíprocamente. La consecuencia fundamental que deriva de este criterio, como lo consigna el tratadista italiano, es que sólo en los contratos bilaterales opera la condición resolutoria tácita en virtud de la cual, si uno de los contratantes falta a su propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato o el constreñimiento al cumplimiento. La *exceptio non adimpleti contractus*, que da derecho a cada contratante a rehusar su propia prestación si el otro la reclama sin haber

cumplido la suya, es sólo aplicable en esta clase de contratos.⁹⁶

Si nuestra reglamentación positiva consagra estos derechos recíprocos, tendremos la confirmación definitiva de que el fideicomiso es un contrato bilateral o sinalagmático perfecto. Pues bien, el fiduciario, en los términos del art. 137, incisos b) y c), de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, puede renunciar al desempeño de su cargo si el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, se niegan a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, o si los bienes dados en fideicomiso no rinden productos suficientes para cubrirlas.

A su vez, si al ser requerida la institución fiduciaria, no rinde las cuentas de su gestión dentro del plazo legal, o si es judicialmente declarada culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes fideicometidos, el fideicomisario, sus representantes legales, o el fideicomitente si se ha reservado el derecho, podrán pedir su remoción, de conformidad con el art. 138 del ordenamiento citado, sin perjuicio de la opción para exigirle el cumplimiento del fideicomiso, con apoyo en el art. 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Tales modalidades, con que nuestra legislación vigente caracteriza al fideicomiso, substancialmente reproducen el principio expuesto por Ruggiero, y que nuestro derecho ha acogido en el art. 1949 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, al disponer: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para

96 *Instituciones de Derecho Civil*, pp. 264, 266.

el caso de que uno de los obligados no cumpliere la que le incumbe.— El perjudicado podrá escoger entre el exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.”

Del curso de la exposición comparativa que hemos desarrollado puede concluirse, en síntesis, que a diferencia de lo que ocurre en el *trust* angloamericano, en el que, a pesar de su posibilidad teórica, jamás se piensa en términos de relación contractual, en el fideicomiso mexicano constituido por acto entre vivos, es ésta la forma única que puede darle vida jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ALFARO, Ricardo J.—*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.

———. *Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. *Cursos Monográficos*, vol. I, La Habana, 1948.

AMES, James Barr.—*Express Assumpsit*, en “Lectures on Legal History”. Harvard University Press. Cambridge, 1913.

———. *The Origin of Uses and Trusts*. “Harvard Law Review”, vol. XXI, 1907-08.

BOGERT, George Gleason.—*The Law of Trusts and Trustees*. West Publishing Co. St. Paul.

- BORJA SORIANO, Manuel.—*Teoría general de las obligaciones*. Librería de Porrúa Hnos. y Cía. México, 1939.
- Convención Bancaria de 1924*.—Publicaciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Editorial "Cultura". México, 1924.
- CORBIN, Arthur Linton.—*A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law*. West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1950.
- HANBURY, Harold Greville.—*Godefroi on the Law of Trusts and Trustees*. Stevens and Sons, Limited, Fifth Edition. London, 1922.
- HENTY, R. J. and REDFREN, J. P. L.—*Lewin's Practical Treatise on the Law of Trusts*. Sweet and Maxwell, Fourteenth Edition. London, 1939.
- HOLDSWORTH, W. S.—*A History of English Law*. Methuen & Co. Ltd., Third Edition. London, 1922.
- JENKS, Edward.—*The Book of English Law*. Houghton Mifflin Company. Boston and New York, 1929.
- KEETON, George W.—*The Law of Trusts*. Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd. London, 1947.
- KEMMERER, E. W.—*Monetary System of Mexico*. Comisión de Reorganización Administrativa y Financiera. República Mexicana, Palacio Nacional, 1917.
- KRIEGER VÁZQUEZ, Emilio.—*Notas sobre el fideicomiso*. Tesis. México, 1944.
- LIZARDI ALBARRÁN, Manuel.—*Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso*. Tesis. México, 1945.
- MAITLAND, F. W.—*Equity, A Course of Lectures*. Cambridge at the University Press, 1936.
- MANRESA Y NAVARRO, José María.—*Comentarios al Código Civil español*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1905; Editorial Reus, S. A. Madrid, 1921, quinta edición.

- MOLINA PASQUEL, Roberto.—*Los derechos del fideicomisario*. Editorial Jus. México, 1946.
- MORGAN, Edmund M.—*Introduction to the Study of Law*. Callaghan and Company. Chicago, 1926.
- PLANIOL, Marcel.—*Traité Élémentaire de Droit Civil*, revú et complété par Georges Ripert avec le concours de Jean Boulanger. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Troisième Edition. Paris, 1948-50.
- POLLOCK, Sir Frederick.—*Principles of Contract*. Methuen & Co. Ltd., Third Edition. London, 1922.
- RABASA, Oscar.—*El derecho angloamericano*. Fondo de Cultura Económica. México, 1944.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín.—*El fideicomiso. Esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento*. "Jus", N° 94. México, mayo 1946.
- RUGGIERO, Roberto de.—*Instituciones de derecho civil*. Traducción de la 4ª edición italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, tomo II, vol. primero. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1944.
- SCOTT, Austin Wakeman.—*The Law of Trusts*. Little, Brown and Company. Boston, 1939.
- UNDERHILL, Arthur.—*The Law Relating to Trusts and Trustees*. Butterworth & Co.
- WEISER, Félix.—*Trusts on the Continent of Europe*. Sweet & Maxwell Limited. London, 1936.
- WILLISTON, Samuel.—*A Treatise on the Law of Contracts*. Baker, Voorhis & Co., Revised Edition By Samuel Williston and George J. Thompson. New York, 1936.
- WRIGHT, Lord.—*Ought the Doctrine of Consideration to be abolished from the Common Law*. "Harvard Law Review", vol. XLIX, 1935-36.