

INTRODUCCION

La observación del jurista Maitland en el sentido de que Gierke desconocía las implicaciones del trust inglés —hace notar el profesor Keeton—, probablemente ha dejado de ser cierta con respecto a eminentes abogados del Continente.¹ Y esta afirmación —agregaríamos— sería todavía más justa si también incluyera a los de Iberoamérica.

En efecto, el conocimiento de la singular creación inglesa, sobre todo en este Hemisferio, se extiende cada vez más entre los juristas y abogados cuya escuela formativa es derivación del sistema que con propiedad se ha llamado “la razón escrita”; pero no es tan sólo en el aspecto puramente académico en el cual esta difusión se observa: si no con la misma amplitud, flexibilidad y madurez que le son características en su tierra de origen, la versión civilista del trust ha sido adoptada en el derecho positivo de diversos países hispanoamericanos. Tal circunstancia nos coloca en una posición de incomparable ventaja con respecto a los países europeos (excepción hecha de Liechtenstein), puesto que además de poder observar en forma directa la evolución de la nue-

1 *The Law of Trusts*, p. 4.

va figura jurídica en la realidad, estamos en posibilidad de ser parte activa en el proceso de su depuración.

Limitándonos a la América hispánica, desde el año 1923 se inicia un movimiento de recepción del trust, a través de la variedad predominante de las "comisiones de confianza". En la actualidad, por orden cronológico, Colombia, México, Chile, Bolivia, Perú, Costa Rica, Ecuador, Venezuela, Nicaragua, Guatemala, y en 1950 Honduras, cuentan con el mecanismo que tanto auxilio puede prestar cuando la rigidez de los moldes contractuales impide o dificulta la solución eficaz a múltiples problemas jurídicos.²

2 Colombia.—Ley sobre Establecimientos Bancarios, N° 45, de 16 de julio, 1923, reformada por: Ley 17 de 5 de febrero, 1925; Ley 57 de 5 de mayo, 1931; Ley 16 de 28 de enero, 1936; Ley 85 de 19 de octubre, 1937; Decretos 2059 de 27 de noviembre, 1937; 329 de 25 de febrero, 1938; 1084 de 6 de junio, 1940; 64 de 4 de febrero, 1941; 354 de 21 de febrero, 1941; 1248 de 20 de mayo, 1942; 608 de 24 de marzo, 1943; 2292 de 25 de septiembre, 1944.

México.—Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, de 24 de diciembre, 1924, D. O. de 16 de enero, 1925; Ley de Bancos de Fideicomiso, de 30 de junio, 1926, D. O. de 17 de julio, 1926; Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, de 31 de agosto, 1926; Ley General de Instituciones de Crédito, de 28 de junio, 1932, D. O. de 29 del mismo. La legislación anterior ha sido sucesivamente derogada, y la vigente está contenida en los ordenamientos que a continuación se expresan: Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 26 de agosto, 1932, D. O. de 27 de agosto, 1932, reformada por el decreto publicado en el D. O. de 31 de agosto, 1933, y por el de 11 de abril, 1945. D. O. de 8 de mayo, 1945; Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, de 3 de mayo, 1941, D. O. de 31 de mayo, 1941, reformada por decretos de 11 de febrero, 1946, D. O. de 15 de marzo, 1946, y de 21 de agosto, 1942, D. O. de 28 de agosto, 1942.

Chile.—Decreto Ley N° 559, de 26 de septiembre, 1925, D. O. de la misma fecha, modificado por Ley N° 4827, de 11 de febrero, 1930, D. O. de 17 de febrero, 1930.

Una vez adoptada esta versión del trust, el primer impulso de los que han estudiado la materia ha sido buscar la conciliación de sus características con nuestros principios consagrados, pues entre aquéllas y éstos existen contradicciones profundas. La labor no ha sido fácil, ya que precisa desentrañar la naturaleza jurídica de la institución, y estrechamente ligado a este problema, surge el de la definición de su concepto.

Bolivia.—Ley General de Bancos, N° 608, de 11 de julio, 1928, reformada por: Decreto Supremo de 20 de agosto, 1928; Ley de 26 de enero, 1929; Decreto Reglamentario de 24 de octubre, 1929; Decreto Supremo de 30 de junio, 1942; Ley de 9 de diciembre, 1941; Ley de 18 de julio, 1944; Decreto Ley de 19 de julio, 1944; Decreto Supremo N° 255 de 30 de enero, 1945.

Perú.—Ley de Bancos, Decreto Ley N° 7159, de 23 de mayo, 1931, reformada por: Leyes Núms. 7484 de 11 de febrero, 1932; 8050 de 23 de marzo, 1935; 8778 de 27 de octubre, 1938; 8973 de 28 de septiembre, 1939; Decretos Supremos de 15 de noviembre, 1940, y 31 de diciembre, 1941, expedidos en virtud de la Ley N° 9187 de 7 de octubre, 1940.

Costa Rica.—Ley General de Bancos, N° 15, de 5 de noviembre, 1936, modificada por: Leyes Núms. 38 de 4 de abril, 1939; 24 de 30 de mayo, 1941; 13 de 2 de octubre, 1943.

Ecuador.—Codificación de la Ley General de Bancos, de 17 de marzo, 1948, R. O. de 9 de agosto, 1948.

Venezuela.—Ley de Bancos, de 24 de enero, 1940, reformada por: Leyes de 22 de julio, 1941; 30 de julio, 1942, y 25 de agosto, 1943.

Nicaragua.—Ley General de Instituciones Bancarias, de 26 de octubre, 1940, reformada por Ley N° 158 de 4 de agosto, 1941.

Guatemala.—Ley de Bancos, N° 315, de 5 de diciembre, 1946.

Honduras.—Ley para Establecimientos Bancarios, Decreto N° 63 de 10 de febrero, 1950, La Gaceta de 13 de marzo, 1950.

Panamá.—Este país representa una posición aparte dentro del movimiento de recepción del *trust* en Hispanoamérica, principalmente por no haber restringido la capacidad fiduciaria como exclusiva de los Bancos. El fideicomiso se rige en Panamá por la Ley 9ª de 6 de enero, 1925, reformada por la Ley 17 de 20 de febrero, 1941.

La doctrina elaborada por los civilistas con miras a difundir el trust anglosajón se origina en época reciente; pero su iniciación, dicho sea sin el menor propósito de empañar los méritos del distinguido jurista panameño, no se debe al doctor Alfaro, según él lo asienta.³

En realidad, aun cuando no con la específica finalidad perseguida por Alfaro, el primer estudio realizado sobre el trust por un autor civilista está contenido en la obra "Histoire du Droit et des Institutions Politiques, Civiles et Judiciaires de l'Angleterre Comparés au Droit et aux Institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos Jours", escrita por Ernest Glasson, y publicada en 1882.⁴ El tomo IV contiene una exposición de los uses; el V analiza el régimen de la propiedad y el efecto del Statute of Uses sobre los usos y el nacimiento del trust;⁵ el VI examina la jurisdicción y competencia de la Cancillería, y se designa al trust con la expresión fideicomis, utilizada años después por el doctor Alfaro, directamente influido por don Andrés Bello al bau-

3 "Todos los estudios sobre el problema de la adaptación del trust al derecho civil por medio de una reforma legislativa son posteriores a la publicación de mi opúsculo titulado *El Fideicomiso en 1920*. Anterior a ese año sólo existe la monografía de Mauricio Travers, que no trata la cuestión de la adaptación sino la de la validez del trust ante la ley francesa, que él niega de manera enfática. También son anteriores dos obras que comentan la institución de molde antiguo, a saber: *La Fiducie*, de Jacquelin, y el *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, de Fernando Vélez, cuyo volumen III contiene un capítulo sobre fideicomiso." Alfaro, Ricardo J. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. *Cursos monográficos*, vol. I, p. 105. La Habana, 1948.

4 A. Durand et Perdone-Lauriel, Editeurs. G. Perdone-Lauriel, Successeur. Paris.

5 Sobre la distinción entre uso y trust, *vid. infra*, pp. 35, 36.

*tizar a su adaptación civilista del trust. ⁶ *La investigación de Glasson, empero, se resiente de verdadera miopía por lo que se refiere a la comprensión del significado y alcance del “trust”, circunstancia que la priva de auténtica modernidad.**

En 1896 aparece en Amsterdam una monografía intitulada Trust, cuyo autor es Adriaan Floris van Hall. ⁷ *En ella se estudian los temas siguientes: los bonos hipotecarios; la prenda como garantía de una emisión de bonos; el depósito; el albaccazgo; descripción, origen y aplicación del concepto inglés del trust; el fideicomiso romano; la mano muerta; el Statute of Uses. Recomienda después el autor la implantación del trust en el sistema jurídico holandés (capítulo I, secciones 1, 2, 3, 4). En el capítulo II, sección 1^ª, analiza nuevamente el origen del trust, y las consecuencias de su introducción en Holanda. Propone el autor que se lleve a efecto por vía legislativa, más que dejarla al gradual desenvolvimiento comercial, que forzaría la legislación vigente a su máximo, con el peligro adicional de que algunos*

6 “El haber meditado acerca de algunos de esos casos a la luz de los principios del derecho anglosajón y de las disposiciones sobre propiedad fiduciaria contenidas en el Código de Andrés Bello, que rigió en mi patria hasta el año de 1916, me hizo ver sin ninguna dificultad, que la solución del problema era tan clara que tal vez por su misma claridad ofuscaba la mente de muchos.” Alfaro, *op. cit.*, p. 9; Código Civil chileno, art. 783: “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama *fideicomiso*.”

7 Editada por J. H. de Bussy. Aprovechamos esta ocasión para expresar nuestro reconocimiento más sincero al señor Jack Sann, estudiante del último año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, Nueva York, en el invierno 1951-52, a cuya generosa ayuda debemos el conocimiento del contenido de esta obra, escrita en holandés.

trusts serían declarados nulos por los tribunales. En la sección 2ª expone lo relativo a Trustee y Cestui, sus derechos y obligaciones. Finalmente, la sección 3ª se refiere a los cambios que deben operarse en la legislación. Una vez mostrada la necesidad de introducir el trust en el derecho holandés, viene el problema de la forma para lograrlo: si en el Código Civil, en el Mercantil, o en una ley especial autónoma sobre trusts. Van Hall concluye que la adopción debe hacerse mediante la reforma al Código Civil.

Es, sin embargo, a nuestro juicio, en la monografía *Étude sur les Trusts & Trustees*, escrita por W. A. Preston y publicada en 1904,⁸ en donde debe verse, tanto por la universal accesibilidad de la lengua en que fué escrita, como por la modernidad y precisión en el enfoque de los problemas analizados y por la sistemática y selecta información bibliográfica, la primera obra acerca del trust en la que se urge la necesidad de adoptarlo dentro de un sistema de derecho codificado, precisamente según la variedad que más generalmente se ha impuesto fuera de los países del Common Law. El autor expone el origen y el desarrollo histórico de los trusts, su división y clasificación, su administración, los trusts en Francia, y el examen de algunas decisiones judiciales sobre el particular; por último, estudia las actividades de las compañías de trust en los Estados Unidos.

La característica más notable de esta aportación consiste en que Preston aconseja para Francia la forma de adopción

8 H. Daragon, Editeur, 30, Rue Duperré, Paris. El autor nació en Brooklyn, N. Y., el 3 de abril de 1897, y se doctoró en la Facultad de Derecho de la Universidad de París el 13 de diciembre de 1904, con la tesis que comentamos.

en que el trust se ha implantado en la mayoría de los países hispanoamericanos que han legislado sobre la materia: eliminación del trustee individual para encomendar su función a los organismos bancarios. Ofrecemos a continuación la parte conducente a sus opiniones:

“Para terminar, hemos tenido que decir algunas palabras de una institución reciente que se ha propagado en los Estados Unidos de una manera extraordinaria, con un éxito siempre creciente. Las Trust Companies se han convertido en una necesidad en América; es posible que algún día sean de gran utilidad en el Viejo Mundo.”⁹

“Es en Francia donde tal vez se encontraría el mejor ambiente para una Trust Company; sin embargo, el público hasta ahora no ha sentido su necesidad, y siguiendo la costumbre tradicional, otorga su confianza a simples particulares. Por otra parte, la legislación francesa no concibe la hipótesis de una Trust Company, y semejante sociedad que se arrogara el derecho de desempeñar las funciones de tutor, albacea, administrador de patrimonios, consejo judicial, ciertamente sería considerada como contraria al texto de la ley. Y, sin embargo, frente a las numerosas ventajas que ofrecen estas instituciones, unidas al éxito constante de toda idea de agrupación, e insistiendo en que se trataría sobre todo de una cuestión de forma, no nos sorprendería que un futuro poco lejano fuera testigo de una tentativa de introducción. Nada sería más fácil, en efecto, que conciliar este procedimiento con las exigencias de la ley: simplemente se nombraría como tutor a uno de los directores; el Board of

9 Introduction, *op. cit.*

Trustees, constituiría por procuración un excelente consejo de familia, etc., etc.”¹⁰

Resume Preston la superioridad de las Trust Companies sobre la administración de los particulares como trustees, en los siguientes elementos: solvencia, supervisión constante del poder público, permanencia, competencia y especialización técnicas, facilidades para la custodia de documentos y valores, mejor aptitud para realizar inversiones. Por último, tiene su aportación, además, el original mérito de haberse anticipado en algo más de treinta años a la tesis de Franceschelli¹¹ para explicar a través del “sdoppiamento” del derecho de propiedad el carácter fundamental del trust. Preferimos, para no restarles fuerza con una traducción, transcribir las palabras textuales del autor: “On peut aussi considérer les legal et equitable estates comme un dédoublement du droit de propriété et les comparer aux domaines directs et utiles de l’ancien régime.”¹²

El fideicomiso es ya una realidad sólidamente arraigada en México. Sus aplicaciones se extienden y diversifican en proporción ascendente, sin que su empleo se haya circunscrito a los particulares, pues el Estado Federal, reconociendo el valor de la flexible institución, tiene afectos en fideicomiso bienes de elevada cuantía.

Podrá convenirse con el distinguido autor del Derecho Angloamericano, Oscar Rabasa, en que el fideicomiso en su forma auténtica sólo puede existir en donde rija el sistema

10 *Op. cit.*, pp. 122-124, 128 y s.

11 *Il “Trust” nel Diritto Inglese*, “Cedam”, Padova, 1935, p. 23.

12 *Op. cit.*, p. 34.

*jurídico dual*¹³ (de equidad y de derecho estricto); pero su terminante afirmación de que los esfuerzos para importar el trust en países de régimen jurídico romano, como el nuestro, resultan esencialmente frustrados,¹⁴ está desmentida por los hechos de nuestra realidad jurídica y social. Por ello es todavía más insostenible el juicio que dicha afirmación ha inspirado al jurista español Joaquín Garrigues, en el sentido de que el fideicomiso mexicano es un experimento cuya utilidad aún está en duda,¹⁵ juicio que no puede tener otra explicación que la falta de conocimiento de la evolución que en nuestro medio el fideicomiso ha experimentado.¹⁶

Esta introducción se ha extendido en demasía; pero antes de ponerle fin, descamos sólo expresar nuestra esperanza de que en los modestos estudios que siguen pueda el cultivador del fideicomiso encontrar cierto interés, por leve que sea.

13 *Op. cit.*, p. 298.

14 *Op. et loc. cit.*

15 *Law of Trusts*. "The American Journal of Comparative Law", Winter 1953, vol. 2, N° 1.

16 En el Distrito Federal existen 32 instituciones financieras y fiduciarias; 14 instituciones de depósito que cuentan con departamento de fideicomiso; 3 instituciones exclusivamente fiduciarias; de 8 instituciones de crédito hipotecario, la mitad tienen departamento de fideicomiso. Tan sólo 8 instituciones de depósito carecen de este departamento. La tendencia a extender sus operaciones, a fin de incluir las fiduciarias, puede también observarse en las instituciones de ahorro, y de ahorro y préstamos para la vivienda familiar. *Vid.* Comisión Nacional Bancaria: *Directorio de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares*. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México, 1953.