

FIDEICOMISO Y ARBITRAJE

Jorge Antonio Zepeda

I. Plan de exposición

Para que pueda explicarse la relación entre dos institutos jurídicos que a primera vista parecen inconexos, es necesario acudir, por una parte, a las nociones generales del Derecho Procesal y, por otra parte, a los conceptos definitorios del fideicomiso.

En consecuencia, se analizarán algunas ideas que nos permitan ubicar al arbitraje dentro del campo de la teoría general del Derecho Procesal; en seguida, se hará una referencia, somera, el arbitraje mismo, a las funciones de los árbitros y a la ejecución del laudo arbitral; posteriormente, se indicará lo que debe entenderse por fideicomiso, cuáles son las consecuencias jurídicas de otorgamiento y cuáles son las clases más destacadas que existen.

En esta forma, podremos llegar a determinar en qué medida y de qué maneras puede el arbitraje auxiliar al cumplimiento, ya no sólo pacífico, sino armonioso, de las obligaciones asumidas en el acto constitutivo de fideicomiso. Por otro lado, veremos cómo puede el fideicomiso contribuir al satisfactorio desarrollo del arbitraje y, específicamente, al cumplimiento del laudo arbitral, todo lo cual equivale a decir que observaremos cómo el fideicomiso auxilia al arbitraje y de qué manera el arbitraje auxilia al fideicomiso.

II. El derecho procesal

El Derecho Procesal, como conjunto de preceptos jurídicos legislados, puede dividirse en dos grandes sectores: la parte orgánica y la

*Memoria del Cuarto Simposio sobre Arbitraje Mercantil Internacional. Academia de Arbitraje y Comercio Internacional. 1977.

que contiene las normas de procedimientos. Esta última, a su vez, da origen, por un lado, a las reglas atinentes al proceso y, por el otro, a las normas relativas a los procedimientos no procesales, entre los cuales destaca el de ejecución.

III. Parte orgánica del derecho procesal

Las normas orgánicas del Derecho Procesal, que arrancan de la Constitución se plasman, entre otras, en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial Federal, de los Tribunales Fiscal de la Federación, Contencioso Administrativo del Distrito Federal, comunes del Distrito Federal, del Ministerio Público, federal, local y castrense y de los Tribunales de Justicia Militar; además, en la Ley Federal del Trabajo y en el Estatuto Jurídico de los Trabajadores al servicio del Estado. Todas esas legislaciones establecen la estructura de los órganos que tienen a su cargo la administración de justicia.

Los cuerpos legales citados —y otros que rigen al Poder Administrativo o al Legislativo— nos hablan de la existencia de una Suprema Corte de Justicia, de Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de Jueces de Distrito; de un Tribunal Superior de Justicia, de Jueces de Primera Instancia —civiles, penales, mixtos o de lo familiar—. Menores o de Paz; de Juntas Federal o Locales de Conciliación y Arbitraje; del Pleno y de las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal; del Tribunal Superior de Justicia Militar, de los Consejos Ordinario y Extraordinario de Guerra y de los Jueces Militares de Instrucción, a todos los cuales se encomienda, de modo permanente y ordinario, la función jurisdiccional.

También, podemos encontrar, en diversos ordenamientos jurídicos, la mención de órganos legislativos, el Congreso o la Cámara de Diputados administrativos, Comisiones Agrarias Mixtas, Secretaría de la Reforma Agraria, Dirección General de Aduanas o Dirección de la Propiedad Industrial que en ocasiones desarrollan actividades jurisdiccionales.

Entre los titulares de la función jurisdiccional cabe destacar, para los fines que aquí perseguimos, la figura del árbitro, a quien el artículo 20. de la Ley Orgánica de los Tribunales Comunes del Distrito Federal encomienda la suprema labor de dirigir los debates procesales y de decidir los conflictos pretensionales en que consiste la jurisdicción; ésta da fe, por sí sólo bastaría para precisar la calidad procesal del arbitraje y la calificación jurisdiccional de las actividades del árbitro.

Por mucho que a éste se niegue el carácter de autoridad pública —específicamente para los efectos del juicio de amparo—, en los términos del artículo 3o. de la citada Ley Orgánica de los Tribunales Comunes del Distrito Federal.

Debe tenerse presente, para aclarar mejor los conceptos, que una cosa es la jurisdicción y otra, muy distinta, el imperio. Este último pertenece al ámbito de lo administrativo y se relaciona, no con el proceso, sino con el procedimiento de ejecución, salvo —claro está— cuando aquél requiere de la *coertio* para su eficaz desenvolvimiento.

Además, convendría recordar que nuestros antecedentes histórico-constitucionales han favorecido la figura del arbitraje. Desde las Leyes de Partida y la Novísima Recopilación, pasando por la Constitución de Cádiz y por la carta fundamental republicana de 1824, hasta las leyes constitucionales de 1836 y de 1856, se consagra, como derecho fundamental del individuo, su facultad de someter los conflictos derivados del ejercicio de derechos disponibles, a la decisión de árbitros de derecho o de arbitradores en equidad.

Lo expuesto hasta ahora nos lleva a una primera conclusión: el árbitro, copartícipe en la titularidad de la jurisdicción, se encuadra dentro del esquema de funcionarios —aunque su carácter de funcionario *público* sea dudoso— que enumera y cuyas actividades regula, la parte orgánica del Derecho Procesal.

IV. Normación procedimental

Cuando se habla de las normas reguladoras de conductas dinámicas contenidas en el Derecho Procesal, conviene hacer una distinción entre las que tienen relación con el proceso, como serie de *instancias proyectivas* y las que se concretan simplemente a regular el procedimiento, concebido como una mera sucesión de actos concatenados entre sí y tendentes a un mismo propósito.

Las normas propiamente procesales son aquellas que caracterizan el debido proceso legal, o sea las formalidades esenciales del procedimiento a que se refiere nuestro artículo 14 constitucional, que podrían considerarse enumeradas por las diversas fracciones —salvo la primera— del artículo 1052 del Código de Comercio.

En otras palabras, las normas procesales son aquellas que prevén la acción y relación de las partes y el proveer jurisdiccional del tercero imparcial, en cuanto, entre unos actos y otros, se establece una con-

xión que permite el planteamiento y desarrollo del debate a través de la postulación, la confirmación de las afirmaciones en que se basan las pretensiones procesales y la formulación de las conclusiones que cada una de las partes hace, para relacionar los hechos afirmados con la confirmación lograda de ellos. Todo, desemboca en la decisión imparcial y coactiva del juzgador.

Así, resulta que el proceso exige bilateralidad de la audiencia y de la instancia, igual oportunidad de defensa a idénticas posibilidades en cuanto a la confirmación.

Por otro lado, las normas meramente procedimentales son aquellas que regulan la forma, lugar, oportunidad, plazo, idioma y demás características formales a que deben sujetarse los actos del procedimiento.

En lo que concierne a la constitución y desenvolvimiento válidos de un *proceso*, tanto las convenciones internacionales, cuanto las reglas de los organismos administradores de arbitraje y las normas de derecho interno, establecen la necesidad de respetar el orden público de cada país y prevén que las partes no pueden *derogar* los preceptos relativos.

Por lo que se refiere a las normas de *procedimiento*, los ordenamientos mencionados establecen, también, reglas conforme a las cuales aquél ha de desenvolverse sin restar independencia a las partes, libres de convenir respecto a esas reglas.

Sobre esto, el artículo 1051 del Código de Comercio dispone que, en materia mercantil, el procedimiento convencional es preferente a todos.

Es así como debe llegarse a la conclusión de que los árbitros deben constatar que, en todo caso, se cumpla con las normas procesales —de orden público— que se desprenden de la naturaleza misma del proceso, de los preceptos constitucionales y legales internos y de las convenciones internacionales; por otra parte y en cuanto se refiere a la regulación de los procedimientos, deben ajustarse a las reglas estatuidas por las partes o a aquellas a las que las mismas se hubieren sujetado.

V. Proceso y ejecución

Al observar las atribuciones que se confieren a un juez estatal ordinario, se aprecia que, al lado de funciones típicamente jurisdiccionales,

realiza actividades de naturaleza administrativa, legislativa, gubernativa y disciplinaria.

No es lo mismo admitir una demanda que imponer una sanción a un empleado incumplido, como no es lo mismo desechar la contestación de una demanda, que formular y poner en vigor un reglamento interior de labores del juzgado o decretar la práctica de diligencia.

También es diferente de ordenar que, a *petición* del arrendador, se notifique al arrendatario la voluntad de aquél de dar por terminado el contrato y, de igual modo, hay diferencia entre recibir una declaración testimonial y ordenar a la policía que presente a un testigo para que declare.

En este orden de ideas y con propósitos de generalización, puede afirmarse que no es lo mismo dirigir un debate procesal y decidir un conflicto pretensional, que decreta el embargo y remate de un bien.

Lo anterior nos lleva a la necesidad de separar lo que la doctrina ha llamado proceso de conocimiento, de los procedimientos de ejecución.

El proceso entraña un planteamiento de pretensiones contradictorias. Por lo menos, tal es la previsión normativa, y precisamente por lo cual, una parte de la doctrina habla de *debate procesal*, mientras que otra se refiere a litigio; al paso de una tercera, prefiere la expresión conflicto pretensional.

Lo cierto es que la corriente mayoritaria encuentra sinonimia entre *proceso* y *contradictorio*. Por lo demás, no tendría sentido plantear una demanda si no se pensara en actual o potencial adversario pretensor.

Es por esta razón que muchos autores, con el fin de no incurrir en contradicción, separan el que llaman *proceso de conocimiento* o *proceso por antonomasia* de cualesquier otros procedimientos para procesales y, específicamente, del que también llaman *proceso de ejecución*. Ahora bien, si queremos emplear un lenguaje unívoco y si hemos atribuido cierta calificación al proceso llamado de conocimientos, parecerá evidente la conveniencia de reservar esta denominación —proceso— a aquel procedimiento en que se presenta el contradictorio y que, por lo mismo, da origen a la diversidad del accionar proyectivo de las partes, frente al proveer jurisdiccional del tercero imparcial.

Queda, entonces, automáticamente separado, el procedimiento de ejecución, cuyas características no corresponden al del *contradictorio*, sino se identifican con las de un procedimiento administrativo en el que se dictan resoluciones igualmente administrativas, las cuales procuran simplemente la realización de hechos materiales.

Dicho de otro modo, mientras el proceso conlleva la actividad directa del juez, que culmina en la decisión de un conflicto pretensional, el procedimiento de ejecución pretende únicamente que la realidad externa se conforme con lo mandado en el precepto concreto contenido en la sentencia.

Si pensamos en que la jurisdicción no es otra cosa más que el poder-deber de dirigir el debate procesal y de decidir el conflicto pretensional mediante la aplicación coactiva del derecho, llegaremos a la conclusión de que la jurisdicción sólo se ejerce en el proceso, mientras que la ejecución no importa en manera alguna el ejercicio de esa atribución.

El arbitraje supone el planteamiento de un conflicto pretensional, cuya decisión se encomienda a un tercero —unipersonal o pluripersonal— que ha de actuar *supra partes* y de manera imparcial e independiente.

Es en función de ese conflicto que las partes han de confrontar el debate procesal, presidido por el árbitro, mediante el accionar y el reaccionar. El árbitro ha de dirigir el debate y, en su día, decidir el conflicto pretensional.

Puede observarse, entonces, cómo la estructura misma del arbitraje responde al concepto que de proceso se ha dado antes y cómo igualmente, la actividad del árbitro se compenetra, de manera total, con la de cualquier titular en la jurisdicción. Obtengamos como corolario, por ende, que el arbitraje es un auténtico proceso y que el árbitro ejerce plena jurisdicción.

Es cierto que el árbitro carece de competencia ejecutiva, de modo que no puede ejecutar sus propias resoluciones, sino que debe acudir, para ello, oficiosamente o a petición de parte, a los jueces ordinarios, quienes están obligados, de acuerdo con la ley, a impartirle el auxilio que sea necesario.

Pero el hecho de que el árbitro carezca de competencia ejecutiva, no significa que no tenga atribuida jurisdicción, puesto que, como ha

quedado señalado, la jurisdicción se da en el proceso, mas no en el procedimiento de ejecución.

VI. El fideicomiso

Como se sabe, el fideicomiso consiste en la *afectación* de bienes o derechos que hace el fideicomitente en una institución fiduciaria para el cumplimiento de ciertos y determinados fines, con los cuales se busca el beneficio del fideicomiso.

En lo que toca al origen y características del fideicomiso mexicano, los expositores de la materia hacen referencia, por una parte, al fideicomiso romano y, por la otra, al "*trust*" anglosajón.

Los antecedentes más remotos de nuestro fideicomiso pueden ser encontrados en el derecho romano y la doctrina ha llegado a la conclusión definitiva de que uno y otro no pueden ser considerados equivalentes.

También se sostiene, con razón, que hay notables diferencias entre el *trust* y el fideicomiso moderno.

No hay, desde luego, el propósito de una disquisición acerca de estos extremos. Bástenos, por ende, señalar que el "*trust*" anglosajón puede ser cualquiera persona física con capacidad legal, mientras que el cargo de fiduciario, en México, sólo puede recaer en una institución de crédito que tenga autorización o concesión para estos actos.

De paso, conviene hacer notar que las diferencias que separan la institución anglosajona de la mexicana pueden llevar a discrepancias de interpretación en cuanto a los efectos jurídicos de un acto celebrado en un país y que deban producirse en otro, a diferendos entre los sujetos interesados y aun a conflictos de leyes en el espacio.

Por lo demás, cuál sea la naturaleza jurídica y las consecuencias de la afectación fiduciaria, ha sido materia de prolongado debate en la doctrina. En mi opinión, el problema puede resolverse fácilmente si se separan dos conceptos que tradicionalmente son manejados como uno solo por la doctrina y por la legislación.

Las instituciones jurídicas se acomodan, se adecuan necesariamente a los fenómenos sociales y a las necesidades del tráfico mercantil. No puede ser de otro modo. Un derecho que no tome en cuenta, con su

propia evolución, el avance y las transformaciones de la vida social, será un derecho inoperante, manejando solamente por juristas que no pertenezcan al mundo en que viven. De esta manera, considero que habría que separar el concepto de *propiedad* del de *dominio*.

La propiedad no es otra cosa que la adscripción de un bien al patrimonio de una persona. El dominio, por su parte, consiste en el título en virtud del cual, una persona, física o moral, puede disponer de ciertos bienes, en su patrimonio, o fuera de él.

De aquí, resulta que no obstante que el dominio sea consecuencia de la propiedad, hay ocasiones en que la adscripción de un bien no se conjuga con las facultades de disposición respecto del mismo.

Por ejemplo, en los casos de minoría de edad, de incapacidad de ejercicio, de herencia yacente, etc. En estos mismos casos podemos apreciar que quien tiene el dominio —el que ejerce la patria potestad, el tutor, el albacea puede no tener adscrita la cosa a su patrimonio.

En el fideicomiso observamos este interesante fenómeno: el fideicomitente, al afectar bienes o derechos en fideicomiso, los separa de su patrimonio, deja de ser propietario de ellos. La fiduciaria, por su parte, no adquiere la propiedad de esos bienes, según puede concluirse de diversas disposiciones legislativas y de la conceptualización doctrinaria de la institución.

Así, sucede, por tanto, que la institución fiduciaria no puede incluir los bienes fideicomitados en su contabilidad, ni considerarlos entre sus activos, sino que debe llevar una contabilidad separada por cada fideicomiso que se constituya. Ha de admitirse, por ende, que la propiedad de los bienes fideicomitados no se transmite a la fiduciaria.

Tampoco se transfiere esa propiedad al fideicomisario, sino hasta el momento en que, en cumplimiento del fideicomiso, la fiduciaria otorga las escrituras traslativas de propiedad o la facturación que acredite la enajenación de muebles.

Sin embargo, el problema de la adscripción de los bienes fideicomitados ha quedado resuelto satisfactoriamente con la idea del patrimonio autónomo o de afectación: la propiedad, durante el fideicomiso, no corresponde a ente jurídico alguno en particular, puesto que los bienes de que se trata no están incorporados en un patrimonio específico.

Lo anterior no significa que no exista una persona que pueda defender, administrar y disponer de los bienes. Tal es la institución fiduciaria, precisamente porque, en virtud de la afectación, adquiere el título de administración o de disposición, el título de *dominio*.

VII. Clases de fideicomiso

El fideicomiso se ha empleado para muchos y muy variados propósitos, lo que ha permitido que haya quienes creen que esta institución es una verdadera panacea jurídica.

Sin llegar a semejante extremo, no podemos menos que reconocer la extraordinaria versatilidad de este instrumento de los negocios contemporáneos. Precisamente, esa versatilidad nos llevaría a hacer una muy prolija enumeración de los diversos tipos de fideicomiso que se conforman en función de la operación subyacente y, por tanto, de los propósitos perseguidos.

Entiendo, sin embargo, que esa multiplicidad de clases de fideicomiso puede reducirse a la configuración de tres grandes tipos: el fideicomiso traslativo de propiedad; el fideicomiso de administración; y el fideicomiso de garantía.

VIII. El fideicomiso traslativo de propiedad

En el fideicomiso traslativo de propiedad, que usualmente se conoce con la expresión de traslativo de dominio —calificación ésta que me parece incorrecta en virtud de la separación que he procurado mostrar entre el concepto de propiedad y el de dominio— se persigue el propósito que su denominación indica: que, finalmente, el bien fideicomitado sea transmitido en propiedad al fideicomisario.

Independientemente de los propósitos atinentes al fondo del negocio jurídico subyacente, antiguamente se pretendía, mediante la constitución de fideicomisos traslativos de propiedad, si no evadir, por lo menos diferir el pago de los impuestos del timbre y de traslación de dominio (sic), posibilidad ésta que ha desaparecido en virtud de las recientes reformas de las leyes impositivas.

Esta circunstancia impeditiva no resta utilidad a la institución de que se habla porque aún subsisten otras necesidades que pueden satisfacerse por medio de ella. Así, por ejemplo, frente a la compraventa de un inmueble, se puede pensar en que el adquirente lo tenga destinado a sus hijos, pero que no desee que les sea transmitido sino hasta que

cumplan la mayoría de edad; en que tenga la intención de que el bien sea incorporado al patrimonio de una sociedad que aún no está legalmente constituida; en que considere conveniente que el bien se transmita a sus herederos después de su muerte, pero una vez cumplidas ciertas condiciones; en que pretenda que se escinda la nula propiedad del usufructo para una posterior y eventual consolidación; o, en general, en que prevea la necesidad de que se cumplan condiciones determinadas para que opere la transmisión de la propiedad.

En todos estos casos y en cualesquiera otros análogos que sea dable imaginar, el fideicomiso resuelve satisfactoriamente las necesidades del interesado por cuanto que el mismo se desprende de la propiedad, transmite el *título* de disposición a la fiduciaria e instruye a ésta para que, en su tiempo, transfiera la *propiedad* al fideicomisario.

IX. Fideicomiso de garantía

El fideicomiso de garantía, como su nombre lo indica, satisface el propósito de asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente. Aquí, este sujeto del negocio jurídico se desprende también de la propiedad de los bienes fideicomitidos, pero con la característica de que, en su oportunidad, se ofrecerán a la fiduciaria, por lo menos, dos alternativas: o la reversión del bien fideicomitado al patrimonio del fideicomitente, o la transmisión de la propiedad y del título de dominio a un tercero, sea por dación, sea mediante la venta fiduciaria.

Dicho de otro modo; cuando una persona adquiere una obligación de cumplimiento futuro, puede ofrecer como garantía la fianza de tercero o la hipoteca o prenda sobre sus bienes; pero también puede afectarlos en fideicomiso con instrucciones a la fiduciaria para que, en el caso de incumplimiento, proceda a la venta de los mismos y pague al acreedor con el producto de ella.

Obviamente, si el deudor cumple con su obligación, el fideicomiso se extinguirá, tanto porque su finalidad se habrá agotado, cuanto porque aquél entraña un contrato de garantía y deberá seguir, consecuentemente, la misma suerte del contrato principal, del cual había derivado la obligación asegurada por el fideicomiso.

Es evidente que el fideicomiso representa una ventaja de importancia sobre las otras formas de garantía ya mencionadas. En efecto, si se trata de fianza, habría que, bien entablar juicio en contra del fiador,

bien demandar al obligado principal, con llamamiento de aquél. Si se ha constituido prenda, habría que seguir el procedimiento orientado a la venta judicial de los bienes que constituyan su objeto material. Y, si se trata de hipoteca, habría que instaurar el juicio especial hipotecario.

En cambio, si la garantía está constituida por la afectación de bienes en fideicomiso, sólo será necesario solicitar de la fiduciaria que proceda al cumplimiento de la obligación alternativa que contrajo en el acto de la constitución.

Ello es así porque la venta fiduciaria no constituye ejecución forzada sino —debe repetirse— simple cumplimiento de una obligación alternativa: los bienes se han transmitido al fiduciario afectados en garantía para que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, proceda a su venta y haga pago al acreedor con el producto de la misma.

La fiduciaria no es autoridad judicial que despache o pueda despachar ejecución; se concreta, de manera lisa y llana, a cumplir con la obligación que en su tiempo asumió frente al fideicomitente y al fideicomisario: la venta de los bienes y el pago al acreedor.

Puede actuar de esta manera, porque tiene el dominio de los bienes fideicomitados y, por tanto, puede disponer de ellos libremente, con las únicas limitaciones que se le hubieran señalado en el acto constitutivo del fideicomiso.

Nada obsta, por lo demás para que, al constituirse el fideicomiso, se den instrucciones a la fiduciaria en el sentido de que, al producir ciertos acontecimientos predeterminados, entregue en propiedad el bien fideicomitado, al fideicomisario, lo cual también puede hacer jurídicamente por la razón ya expuesta de que posee el título de disposición del bien.

Otro problema es relativo a la necesidad y obligación que la fiduciaria tiene de cerciorarse de que, efectivamente, se ha surtido en un caso concreto la hipótesis que determina el nacimiento de su obligación de venta o dación del bien fideicomitado, vale decir, de verificar si realmente se han dado las condiciones a los términos previstos al constituirse el fideicomiso; si en verdad se ha producido el incumplimiento de la obligación garantizada.

De ello deriva la consecuencia de que la fiduciaria deba notificar al deudor fideicomitente que procederá a la venta del bien fideicomitado

a menos que el último acredite haber cumplido o cumpla con la obligación en un plazo perentorio.

Estas obligaciones de la fiduciaria derivan del deber que le impone la ley de actuar con el celo y la diligencia de un buen padre de familia y de la responsabilidad que, consecuentemente, le imputa en caso de negligencia, dolo o mala fe.

X. Fideicomiso de administración

El otro de los tipos de fideicomiso es el de administración. Acaso el fideicomiso de administración sea el más rico en cuanto a posibilidades y el más complejo en cuanto a su desenvolvimiento. En virtud de él, el fideicomitente trasmite a la fiduciaria ciertos bienes, derechos, títulos, valores o frutos para que los administre.

En esta clase de fideicomiso, se opera, al igual que en las anteriores, una trasmisión del título de disposición. Sin embargo, la extensión de ese título varía de acuerdo con la naturaleza del negocio jurídico subyacente, con los fines del fideicomiso y con las instrucciones que el fideicomitente dé a la fiduciaria.

Puede suceder, en efecto, que se trasmite el bien mismo, como cuando se afecta dinero o títulos de crédito para que la fiduciaria cobre los últimos e invierta el monto del primero o el importe de los segundos de la manera que le hubiera señalado el fideicomitente, o en los términos que indique un comité técnico de inversión.

Además, la fiduciaria puede también recibir instrucciones para que los frutos de la inversión sean puestos a disposición de un tercero fideicomisario y para que, al cumplirse una condición o un término, transfiera la propiedad del dinero o de los títulos valores representativos de él, al mismo o a diferentes fideicomisarios.

En este caso, hay que reconocer, sobre todo si se trata de un fideicomiso irrevocable, que el fideicomitente pierda la propiedad del dinero o de los títulos —los cuales pasan a constituir un patrimonio autónomo— y que, simultáneamente, transfiera el título de disposición a la fiduciaria.

Puede suceder también que, con gran proximidad al mandato, se constituya fideicomiso sobre un inmueble de productos con el propósito de que la fiduciaria celebre contratos de arrendamiento, repare y conserve el inmueble, cobre las rentas, pague impuestos, derechos,

suellos y gastos inherentes a la administración, y destine el remanente, por ejemplo, a cubrir pensiones de educación y erogaciones necesarias para la manutención de los hijos del fideicomitente.

En este caso podrá dudarse, con razón, que el inmueble mismo hubiera dejado de pertenecer en propiedad al fideicomitente, pero lo que no puede discutirse es que las facultades de arrendar, así como los derechos personales derivados del arrendamiento y los frutos de este último, no correspondan ya al fideicomitente. Tampoco podrá negarse que la facultad de disposición en relación con tales actos, derechos y frutos han pasado a la fiduciaria, la cual puede y debe ejercerlos dentro de los límites que se le hubieran fijado al constituirse el fideicomiso.

Por lo demás, la variedad de operaciones y negocios que pueden desembocar en fideicomisos de administración y a los que éstos pueden dar origen es extraordinaria; podemos pensar, por ejemplo, en la constitución de un fideicomiso para la formación o incremento de fondos de reserva para el pago de primas de antigüedad o de pensión por jubilación, con las atribuciones consecuentes de inversión de las aportaciones periódicas del fideicomitente y de administración o reinversión de los frutos derivados de la propia inversión, independientemente de la facultad de aplicación de partidas destinadas al pago de la prima de antigüedad o de las pensiones de jubilación.

También podemos tener en cuenta el caso de detentación de la titularidad de acciones de sociedades mercantiles, que conlleva la atribución del ejercicio del voto y de los derechos patrimoniales inherentes a las acciones.

Otro caso sería el de la entrega en fideicomiso de acciones emitidas por sociedades mercantiles para los efectos de su colocación en el mercado, sea con el propósito de lograr la mayoría de participación mexicana que exige la Ley para Regular la Inversión Extranjera y Fomentar la Inversión Mexicana, sea con la finalidad de incrementar los recursos de capital de la emisora.

Este instrumento puede emplearse también cuando se trata de obligaciones que persiguen los mismos fines de captación.

Puede extenderse el uso del fideicomiso para resolver la necesidad de captación de recursos mediante la colocación de obligaciones convertibles en acciones, conjugado ello con un plan de suscripción y

pago de estas últimas por funcionarios y empleados de la empresa emisora, a quienes se atribuirá tal derecho como una prestación laboral adicional.

Para no extender esta lista al infinito, baste citar dos ejemplos más: el primero sería la afectación de recursos que hace el Gobierno Federal por medio de fideicomisos en que es fiduciaria Nacional Financiera, S.A., con el propósito de fomentar el desarrollo de las actividades industriales, turísticas o de exportación, a consecuencia de lo cual se han integrado los Fondos para el Fomento de la Industria Mediana y Pequeña (FOGAIN), de la Exportación (FOMEX) y del Turismo (FONATUR).

El otro ejemplo consistiría en fideicomisos constituidos también por el Gobierno Federal para el desarrollo de zonas turísticas específicas, como ha acontecido en Can Cún, Acapulco, Mazatlán o Nayarit.

Independientemente de lo anterior, puede pensarse en desarrollos turísticos particulares; en constitución de fideicomisos para el fin de que personas extranjeras puedan usar y disfrutar de inmuebles en las zonas fronterizas y costeras mediante la emisión de certificados de participación inmobiliaria y sin que se les trasmitan derechos reales, y en los fideicomisos encaminados a la ejecución y desarrollo de conjuntos habitacionales.

XI. El arbitraje en el fideicomiso

Al plantear la problemática de esta exposición quedó de manifiesto la interrogante de si el arbitraje puede auxiliar al fideicomiso. También quedó indicado que al árbitro compete al conocimiento del debate procesal y la decisión del conflicto, la *notio* y el *judicium*, vale decir, la *jurisdicción*, mientras que el juez ordinario incumbe la ejecución de lo resuelto por el árbitro. A partir de esta premisa, corresponde ahora investigar si el *proceso* arbitral puede ser útil al fideicomiso.

Hablar sobre la complejidad del mundo moderno es incidir en un tema ampliamente conocido, respecto del que la conclusión palmaria es uniforme. Lo cierto es que vivimos un tiempo en que las fronteras que otrora separaban a los países se difuminan cada vez más, en que el mundo se hace más pequeño y las distancias se acortan gracias al mayor intercambio social, turístico, cultural y simplemente humano,

así como a la intensificación del tráfico mercantil, en sus más variados aspectos.

De esta suerte y toda vez que los negocios se realizan, ya no solamente dentro de las estrechas delimitaciones de una ciudad, de una región o de un país, sino a todo lo largo y ancho del mundo, sucede que los nacionales de un país contratan con los de otro; que un acuerdo de voluntades se origina en un estado y se perfecciona en otro; que un contrato se otorga en un continente y debe surtir sus efectos y cumplirse en otro. De ello resulta, obviamente, que los órdenes jurídicos nacionales se superponen unos a otros, a tal grado que pueden entrar en conflicto, para evitar lo cual el mundo moderno aspira a la creación y vigencia de normas jurídicas supranacionales.

Por otro lado, el tráfico internacional se hace cada día más complejo y las operaciones que lo conforman son cada vez más sofisticadas, puesto que responden a diferentes necesidades que van surgiendo paralelamente a la evolución de las ciencias y de las técnicas, de las necesidades y de las aspiraciones, de los recursos y de las posibilidades. Todo ello hace imperiosa la búsqueda de nuevos instrumentos jurídicos que satisfagan necesidades nuevas.

Los fenómenos que se apuntan repercuten directamente en los acuerdos sobre comercio internacional; en los convenios sobre transporte marítimo, aéreo o terrestre; en la cada vez más intensa y complicada transferencia de tecnología; en la propagación y necesidad de control de las inversiones extranjeras; en las regulaciones en materia turística; en la determinación y limitación de los derechos de los extranjeros a realizar actividades económicas o lucrativas o a adquirir inmuebles en un país distinto del de su origen.

Acontece así que las normas jurídicas nacionales, los acuerdos bilaterales, las convenciones plurilaterales, los convenios internacionales y las reglas y prácticas de los participantes en las diversas operaciones del tráfico mercantil adquieren mayor complejidad.

La sofisticación de las actividades industriales, mercantiles y financieras también se observa en cada país, de modo que dentro de sus fronteras se requieren nuevos instrumentos jurídicos que hagan viables los complicados mecanismos económicos que día con día surgen como novedades alucinantes.

En una palabra: al surgimiento de nuevas técnicas operativas en el mundo de las finanzas, de las industrias y de los negocios, debe

corresponder una renovación de la tecnología jurídica. Y uno de los instrumentos que ésta ha ideado ha sido precisamente el fideicomiso, cuya gran versatilidad —dicho está— contribuye eficazmente a dar vida a nuevos *modi operandi* de los hombres de empresa, tal como ha quedado de manifiesto en lo que antecede de esta exposición.

Ahora bien, independientemente de que ha de hacerse remisión a lo ejemplificado anteriormente y a lo que un poco más adelante se expondrá, para llegar a la conclusión de que se ha demostrado la conveniencia del uso del fideicomiso para muchas y muy diferentes operaciones, actos jurídicos y contratos, habrá que reconocer que existen factores numerosos y variados que determinan la posibilidad de conflictos en relación, ya con la constitución de un fideicomiso que se hubiera convenido previamente, con la inteligencia de lo pactado en el instrumento relativo, o con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los intervinientes.

Entre estos factores podemos mencionar: la circunstancia misma de la complejidad de los negocios jurídicos subyacentes que recurren al fideicomiso para fines de su operatividad; la novedad de algunas de tales operaciones mercantiles, industriales o financieras; la coincidencia eventual de diversos ordenamientos jurídicos entre los cuales deba escogerse el aplicable a una situación concreta; las diferencias de normas y de sistemas jurídicos; la discrepancia en cuanto a la inteligencia de la ley aplicable, etc.

Pues bien, ese cúmulo de dificultades que pueden obstaculizar la constitución, la interpretación o el cumplimiento voluntario del fideicomiso, hacen altamente recomendable que las partes sometan al arbitraje cualesquiera discrepancia o conflictos que pudieren surgir entre ellas. De ese modo, los árbitros se ocuparán en el conocimiento de tales conflictos y decidirán respecto de las pretensiones que las partes pudieren hacer valer.

Ahora bien, los fideicomisos a los cuales puede auxiliar el proceso arbitral son, tanto los traslativos de propiedad, como los de garantía y de administración. Sin que pretenda hacer una lista interminable y una explicación que requeriría de mucho más espacio y tiempo, vale la pena mencionar algunos ejemplos de operaciones en las cuales se aprecie el auxilio que el arbitraje puede significar para el fideicomiso.

Para referirnos a los fideicomisos traslativos de propiedad, imagine-mos que existe un proyecto de constitución de una sociedad transnacional y que, mientras se discuten y convienen los pormenores de ese

acto jurídico, las normas estatutarias que han de regir a la sociedad, la determinación de su sede y de su forma de administración, etc., los futuros socios afectan en fideicomiso los bienes muebles e inmuebles, el dinero y los valores que han de ser aportados a la sociedad en formación, a fin de que todos los interesados tengan la seguridad absoluta de que, no obstante la pendencia de resolución de las discrepancias surgidas con motivo de la constitución, se cuenta ya con el patrimonio de la sociedad en formación. Más adelante, sin embargo, pueden aparecer conflictos derivados de criterios disidentes acerca del régimen jurídico aplicable a tales bienes, valores o derechos, a su transferibilidad, a la capacidad de los constituyentes de la sociedad, tanto para los fines de la constitución misma cuanto para los efectos de la enajenación de bienes por vía de aportación. En estos casos, el arbitraje resolvería evidentemente los inconvenientes de distancia, de fronteras, de tribunales competentes y de leyes aplicables.

Si se trata de un contrato de compraventa de mercadería, podría pactarse que la entrega de las mismas y la transmisión del título de disposición se hagan una vez satisfechas ciertas condiciones, las cuales pueden a veces ser extraordinariamente complejas y suscitar dudas respecto de su cumplimiento. Tal vez se diría que, para este supuesto, puede operar satisfactoriamente la carta de crédito; pero acaso deba objetarse que, frente a decisiones difíciles de adoptar, precisamente porque estén en pugna los criterios de las partes, el banco emisor de tal instrumento no aceptaría convertirse en juez del conflicto. En consecuencia, para asegurar la satisfacción de los derechos de cada una de las partes, podrían convenir en que, tanto las mercaderías y su título de disposición, como el dinero representativo de su precio, fueran afectados en fideicomiso en una institución fiduciaria.

Al sobrevenir un conflicto que hiciera nacer la duda en la fiduciaria acerca de si debe proceder a la entrega de las mercancías o al pago de su precio, puede ser sometido al arbitraje.

En materia de inversiones extranjeras directas, puede acontecer que las aportaciones pactadas deban realizarse hasta que se satisfagan ciertos requisitos pero que, para dar cumplimiento a estos últimos, sea indispensable tener la certeza que, en definitiva, se hará efectiva la aportación, lo cual llegaría a constituir un círculo vicioso.

Así, sucedería que si el inversor ha de aportar maquinaria trasladada al país receptor cuando la obra civil necesaria sea terminada sola-

mente es indispensable que los beneficiarios de la inversión estén ciertos de que se hará precisamente en los montos y términos pactados.

En estas condiciones, la transferencia de capitales, de dinero o de bienes muebles y aun inmuebles puede hacerse a la fiduciaria mediante el correspondiente acto constitutivo de fideicomiso. Ahora bien, si surgen conflictos o discrepancias durante o con motivo del cumplimiento de las funciones de la fiduciaria, aquéllos pueden más fácilmente ser resueltos por arbitraje que en sede judicial.

Si pasamos ahora a los fideicomisos de garantía, podríamos detenernos en el caso de inversiones extranjeras indirectas en que se requiera el establecimiento de una garantía de reembolso al inversor. Como ya quedó señalado antes, esta garantía puede fácilmente ser el fideicomiso. Pero, en su día, pueden surgir dificultades para determinar si la fiduciaria ha de cumplir con su obligación alternativa de poner a la venta los bienes fideicomitados para que, con el producto de la misma, se haga pago al acreedor. Puede, entonces, surgir la duda acerca de si efectivamente el deudor cumplió o no con su obligación; de si hubo causa de fuerza mayor o caso fortuito que impidiera tal cumplimiento; de si el mismo fue provocado por normas jurídicas locales de promulgación posterior al contrato inicial; de si la causa del incumplimiento obedece a decisiones gubernamentales; de si, en una palabra, existiendo el incumplimiento, es inimputable al deudor. Parece innecesario demostrar que el arbitraje sería, aquí, un valioso auxiliar para la decisión pertinente.

En el mismo caso de fideicomisos de garantía, puede pensarse en la contratación del suministro de materias primas, de equipos o de máquinas herramienta y en la necesidad consecuente del aseguramiento del pago correlativo, por una parte, y del cumplimiento de la obligación del ministrador.

Puede acontecer, más adelante, que cualquiera de las partes incumpla con sus obligaciones y que, simultáneamente, se presenten dudas parecidas a las que inmediatamente se han expuesto respecto de la existencia o no del cumplimiento o respecto de las causas del mismo, toda vez que, entre éstas y en adición a las ya señaladas, pueden mencionarse las derivadas de dificultades atribuibles al porteador, de problemas portuarios, etc. Aquí también podría ser menester

que, antes de que la fiduciaria proceda en los términos previstos para la hipótesis de incumplimiento, se determine, por medio de arbitraje, si existe y es imputable a la parte a la que se atribuye.

Finalmente, en lo que toca a los fideicomisos de administración, séanos permitido suponer que se dan en fideicomiso ciertos fondos que destinados a la construcción y venta de un conjunto habitacional o turístico. Pero, mientras se está cumpliendo con el fideicomiso y procediendo a la realización del negocio subyacente, pueden presentarse discrepancias acerca de la viabilidad del último, o pueden surgir criterios divergentes sobre aspectos técnicos relativos a la planificación, a la urbanización, a las redes telefónicas, energéticas o de drenaje, a los tipos de construcciones que deban realizarse, al sistema financiero o mercadotécnico más apropiado, etc. Ahí podrían intervenir los árbitros especializados en este tipo de negocios para decidir lo que fuera más conveniente al interés de las partes discrepantes.

Cuando se trata de inversión de fondos dados en fideicomiso para el cumplimiento de planes de pensiones, con independencia de las atribuciones que se hubieran otorgado al comité técnico de inversión, pueden surgir discrepancias sobre la conveniencia de ciertas inversiones, sobre los montos y plazos de las mismas, etc., ya no sólo entre los diversos interesados, sino aun entre éstos y el comité técnico, como también pueden aparecer disidencias en materias de estados contables atinentes a las operaciones realizadas. En estos casos, resulta obvio que la decisión de árbitros expertos en materia de finanzas o de contabilidad sería mucho más ventajosa que el sometimiento del conflicto a los tribunales ordinarios.

Para determinar esta parte de la exposición, tomemos el caso de la transferencia de tecnología. El proveedor de ella puede exigir que los fondos destinados al pago de la misma sean transmitido a una institución fiduciaria para que ésta, conforme se vaya operando la transferencia, los haga llegar al proveedor. Y aun puede pensarse que la transferencia de tecnología se haga, no a título de indirecta, sino directa, a cambio de una representación en el capital social de la empresa beneficiaria, lo que podría implicar que acciones emitidas por esta última sean afectadas en fideicomiso para los fines del cumplimiento por parte de ella.

En uno y en otros casos, al surgir dudas acerca del cumplimiento del proveedor de tecnología y de las causas de tal incumplimiento, puede fácil y ventajosamente acudir al arbitraje para que se logre una decisión, no solamente justa, sino rápida y conveniente a las relaciones entre las partes.

De lo observado se concluye que el proceso arbitral puede resultar extraordinariamente útil para la satisfacción de los fines últimos para los cuales se ha constituido un fideicomiso. En los casos señalados, el árbitro *conocerá* de las discrepancias o conflictos y conforme a su laudo se constituirá, se interpretará o cumplirá el fideicomiso. En resumen: el arbitraje auxilia valiosamente al fideicomiso.

XII. El fideicomiso en el arbitraje

Si el proceso arbitral auxilia al fideicomiso, éste puede ser de gran utilidad para la ejecución derivada de aquél.

Debemos recordar que el procedimiento de ejecución se separa del proceso, tanto porque en él ya no podemos observar el ejercicio de la acción de una instancia proyectiva, cuanto porque la presentación referida por la instancia ejecutiva no es de naturaleza contradictoria como acontece con la pretensión hecha valer en el proceso.

Ello produce que, mientras el proceso se da *entre* las dos partes con intervención del juez, el procedimiento de ejecución se da entre el ejecutante y el juez, *frente* al ejecutado.

De ahí se deriva que, en la ejecución, no observemos jurisdicción sino un actuar de naturaleza administrativa, precisamente por lo cual el hecho de que la ejecución esté atribuida a un juez ordinario nada dice acerca de la calificación jurisdiccional que corresponde al laudo y al árbitro, ni de la naturaleza procesal que tiene el arbitraje.

La ejecución está confiada al juez ordinario; pero, para los fines de la exposición, debemos tener en cuenta que deriva de la actividad, de las resoluciones dictadas por el árbitro. En otras palabras, el juez ejecuta, con sus facultades de *imperio*, lo que el árbitro ha decidido con su poder *jurisdiccional*.

Otro concepto que debe tenerse presente es el de que, si del contrato se deriva una obligación, de la sentencia se desprende una responsabilidad.

Dicho de otro modo: cuando las partes contratan, voluntariamente asumen obligaciones; pero, cuando alguna de esas obligaciones se incumple, surge la necesidad del proceso que culmina en una sentencia y es en ella donde, en virtud del incumplimiento, se impone al condenado una responsabilidad, la cual, en caso de ser insatisfecha, se torna en una sanción.

Ello no quiere decir que la sentencia, para ser observada, deba ser necesariamente materia u objeto de ejecución forzada. Determinada la responsabilidad por el juzgador, la parte condenada puede satisfacer espontáneamente las prestaciones que se le atribuyen, caso en el cual estaríamos frente a lo que comúnmente se llama cumplimiento voluntario de la sentencia.

Lo que sucede con la sentencia judicial acontece de igual manera con la sentencia arbitral, de modo que de aquí podemos partir para pensar en la posibilidad de que la sentencia arbitral sea cumplida por un tercero.

Capítulo separado de la problemática del arbitraje es el relativo a la ejecución del laudo porque, si bien es cierto que la oposición a la ejecución también puede darse y se da respecto de las sentencias emitidas por los jueces ordinarios, cuando se trata de la ejecución de la sentencia arbitral es factible que se oponga adicionalmente la excepción de incompetencia, que se impugne la validez del laudo o la eficacia del sometimiento, o que se pretenda que el laudo no sea reconocido.

Hay que reiterar, empero, lo que se ha dicho en repetidas ocasiones acerca de que, dadas las normas de nuestro derecho positivo, el laudo arbitral dictado en el país no necesita de homologación sino únicamente de despacho de ejecución y en cuanto se refiere al laudo dictado en país diverso, debe apagarse a la Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, que fue suscrito y ratificado por nuestro país, por lo que ha adquirido rango constitucional y obliga evidentemente a la actuación del poder judicial.

Pero en todo caso, ya se trate de sentencias judiciales o arbitrales, es perfectamente posible que la parte condenada no satisfaga espontáneamente las prestaciones que se le hubieren atribuido o que se oponga a la ejecución forzada de la sentencia.

En estos casos, el fideicomiso sería verdaderamente útil. Pensemos en la posibilidad de que se afecten en garantía bienes o dinero suficientes para asegurar el pago del importe de la condena. En su oportunidad, quien hubiere obtenido podría pedir al árbitro que así lo notifique a la institución fiduciaria para que ésta entregue el dinero al vencedor o para que, en su caso, proceda a la venta fiduciaria de los bienes fideicomitidos de modo que, con su producto, se haga el pago decretado.

De este modo, se evitará todo el procedimiento de ejecución; se impedirá la oposición del ejecutado; se obstaculizará cualquier alegato referente a la validez del compromiso, del proceso arbitral o del laudo; se logrará la máxima agilidad y presteza en la satisfacción de los derechos atribuidos al vencedor en la sentencia arbitral; en una palabra, se conseguirán las metas que el arbitraje pretende alcanzar.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el actor puede ver desestimada su pretensión en la sentencia arbitral y ser condenado al pago de gastos y costas. Para esta hipótesis también es posible y conveniente que el actor constituya fideicomiso de garantía del pago de las cantidades estimadas que pudieren determinarse a su cargo por los conceptos señalados. Las ventajas emergentes de esta solución serían las mismas que ha poco se apuntaron en cuanto al aseguramiento del monto de una eventual condena por suerte principal y accesorios.

Además de los anteriores, deben considerarse algunos otros conceptos de los cuales pueden resultar responsabilidades económicas para las partes. Así sucede con el monto de las multas que el árbitro está facultado para imponer de acuerdo con nuestra ley; con el importe de los honorarios que han de corresponder a los árbitros, independientemente de la distribución de la carga pecunaria que se haga entre las partes, sea por convenio entre las mismas, sea por condena dictada en contra de alguna de ellas; de los costos de administración del arbitraje que deben anticiparse o reembolsarse al organismo administrador a que se hubiere acudido.

Todos los problemas que puedan surgir en cuanto al pago de los conceptos hasta aquí señalados y de otros similares, serán obvios si las partes en el convenio arbitral acuerdan constituir fideicomiso sobre bienes o dinero suficientes para asegurar la satisfacción de sus responsabilidades económicas.

Como ha quedado señalado, los fideicomisos de que ahora se trata serían de garantía; ello no obsta para considerar que el dinero, los valores, títulos de crédito, o algún edificio de productos, por ejemplo, que fueren materia del fideicomiso, tuvieran que ser administrados por la fiduciaria con el fin de que rindieran los frutos que legítimamente deben producir.

Además, si de cualquier manera se han de causar ciertos costos como es el caso de los gastos de administración y el de los honorarios

de los árbitros, bien podría pensarse en que se transmitiera el dinero necesario —aunque tal vez no sus frutos— a la fiduciaria, para que ésta, en su oportunidad, los transfiera a su vez a los respectivos acreedores.

Tendríamos así que, tanto los fideicomisos de garantía, los de administración y los translativos de propiedad, podrían operar para el cumplimiento de los fines del arbitraje.

Ha de apuntarse que la idea de la afectación de bienes para asegurar los resultados del juicio no es original del expositor: el crédito de ella debe darse al profesor Briseño Sierra, quien la consigna en su anteproyecto de Código por Procedimientos Civiles para el Estado de México.

En cualquier caso, parece obvio que, mediante la constitución de los fideicomisos de que se ha venido hablando, se logrará que sea mínima la intervención del juez ordinario en el arbitraje y en el cumplimiento del laudo, con lo que se obtendrán las ventajas adicionales de no dañar la reputación de las partes, de conservar el secreto en que debe mantenerse el arbitraje, de agilizar el proceso arbitral y el cumplimiento del laudo y de asegurar los fines que de manera última persigue un convenio de arbitraje.

En una palabra, la ejecución se convierte en cumplimiento a cargo de tercero, la fiduciaria, y el fideicomiso viene a mostrarse valioso auxiliar del arbitraje.