

REVISTA
DE
DERECHO PROCESAL

1.º ÉPOCA (Continuación)



PUBLICACIÓN TRIMESTRAL

III
JULIO-SEPTIEMBRE

1966

REVISTA
DE
DERECHO PROCESAL

1.ª EPOCA (Continuación)



PUBLICACION TRIMESTRAL

III
JULIO - SEPTIEMBRE

1966

CONSEJO DE REDACCION

Aguilar Galiana (Fernando).
Alamillo Salgado (Ildefonso).
Antón Oneca (José).
Bartolomé Sanz (Higinio).
Bayón Chacón (Gaspar).
Burguete Indabere (Francisco).
Carreras Llansana (Jorge).
Castelló Madrid (José María).
Comellas Salmerón (Manuel).
Fairén Guillén (Víctor).
Fenech Navarro (Miguel).
Gómez Jiménez de Cisneros (Juan).
Gómez Orbaneja (Emilio).
González Pérez (Jesús).
Gordillo García (Manuel).
Gutiérrez-Alviz Armario (Faustino).
Herce Quemada (Vicente).
Lacruz Berdejo (José Luis).
López Orozco (José María).
Martínez Bernal (Antonio).
Miguel Alonso (Carlos).
Mingo Ferrando (Ángel).
Molinuevo Junoy (José).
Morón Palomino (Manuel).
Pajarón Pajarón (Ramón).
Paricio Aznar (Fernando).
Pérez Bultó (José Javier).
Polaino Ortega (Lorenzo).
Poveda Murcia (José).
Prieto-Castro Ferrándiz (Leonardo).
Rodríguez Valcarce (Francisco).

Sainz de Robles (Federico Carlos).
Samaniego Rodríguez (Esteban).
Serrano Suárez (José María).
Vacas Medina (Luis).
Valls Pruñonosa (José).
Vicente Gella (Agustín).
Vicente Gella (Fausto).
Zubimendi Marcé (Julián).
Zurita Reina (Antonio).

Director: Presidente del Ilustre Colegio Nacional
de Secretarios Judiciales

Domicilio: General Castaños, 1

<i>Redactor-Jefe</i>	D. Vicente Herce Quemada.
<i>Subjefe de Redacción</i>	D. Angel Mingo Ferrando.
<i>Secretarios de Redacción.</i> }	D. Victoriano Herce Quemada.
	D. Ramón Pelayo Sánchez de Molina.
<i>Administrador</i>	D. Manuel Gómez de Parada.

S U M A R I O

	<u>Págs.</u>
I. ESTUDIOS	
<i>La jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica (la ley de 12 de marzo de 1966). Jesús González Pérez</i>	9
<i>Algunos problemas relacionados con el fideicomiso mexicano. Héctor Fix Zamudio</i>	41
<i>La "epistula" de Claudio Quintino y el proceso en contumacia en las provincias (Provincia Tarracense). Fermín Camacho-Evangelista</i>	83
<i>El proceso penal especial de la Ley del Automóvil. Examen crítico. Miguel Pastor López</i>	101
II. NOTAS	
<i>El artículo 1.420 de la Ley de enjuiciamiento civil. Ramón Fernández de Tirso y Semper</i>	141
III. RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE MADRID	
<i>Sobre la representación procesal, la subsanación de defectos en el proceso de pequeña cuantía y los poderes de los tribunales. Miguel Ibáñez y García-Velasco</i>	151
IV. BIBLIOGRAFIA	
<i>Recensiones</i>	163
V. PUNTOS DE VISTA	
<i>La reforma de la Administración de Justicia</i>	169

I. ESTUDIOS

ALGUNOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL FIDEICOMISO MEXICANO

A la memoria de Roberto Goldschmidt.

SUMARIO: 1. Razones del presente estudio.—2. Ausencia de una doctrina procesal mexicana respecto al fideicomiso.—3. Principios esenciales que rigen al fideicomiso en la legislación nacional.—4. Cuestiones de competencia: el juez del fideicomiso.—5. Legislación procesal aplicable.—6. Problemas específicos de carácter procesal atinentes al fideicomiso de garantía.

1. RAZONES DEL PRESENTE ESTUDIO

Este trabajo no tiene otro objeto que el de plantear algunas cuestiones de carácter procesal que derivan de la reglamentación legal del fideicomiso mexicano.

Conviene hacer la aclaración al lector español en el sentido de que nuestro fideicomiso no conserva sino una semejanza de nombre con la institución regulada por los artículos 774 a 781 del Código civil español, en relación con la sustitución hereditaria (prohibida por el artículo 1.483 del Código civil para el Distrito y Territorios Federales), pues en el derecho mexicano el fideicomiso constituye una adaptación del *trust* angloamericano, y por tanto, para una mejor comprensión de esta materia puede acudir a la excelente monografía del jurisconsulto español Pompeyo CLARET y MARTÍ, *De la fiducia y del "trust" (Estudio de derecho comparado)*, Barcelona, 1946.

Introducido por vez primera en México por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, y posteriormente objeto de un ordenamiento especial, o sea, la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, fue considerada en esa época por un jurista tan destacado como Toribio ESQUIVEL OBREGÓN, como una institución destinada al fracaso (1); pero ha evolucionado

(1) *Carácter legal de lo que la Ley Bancaria llama fideicomiso*, en "Revista general de derecho y jurisprudencia", tomo I, 1930, pág. 601 y ss., en donde concluye que mientras prevaleciera la mentalidad imperante en esa época en materia jurídica, el *trust* anglosajón era imposible en nuestro país, las cortes de equidad serían una amenaza y los bancos de fideicomiso una engañifa y un disparate, pág. 608.

nado notablemente a través de la vigente Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, reformada en varias ocasiones, y en la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, que son las que actualmente rigen la materia.

En vías de desarrollo, como lo afirma certeramente el tratadista mexicano Octavio HERNÁNDEZ (2) ya que su reciente aparición en la legislación mexicana; el escaso conocimiento que el público tiene de él; la poca importancia que le conceden las instituciones de crédito, etc., determinan que todavía se encuentre en estado incipiente; sin embargo, ha sido objeto de una abundante elaboración doctrinal; y en la práctica las relaciones económicas cada vez más estrechas con los Estados Unidos, han despertado tanto en los particulares como en las propias instituciones de crédito, un creciente interés en el fideicomiso, en cuanto se van conociendo sus grandes ventajas y su extraordinaria flexibilidad, que han determinado que la institución paralela del *trust*, haya alcanzado la evolución asombrosa que se advierte en los países angloamericanos.

Algo semejante ha ocurrido en varios países de América Latina, que también recientemente han introducido el fideicomiso en sus legislaciones mercantiles (3) constituyendo este fenómeno, cada vez más acelerado, una recepción de instituciones angloamericanas, similar a la que se produjo hace más de un siglo, con la "revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes" (*judicial review*), que cada uno de los países Latino-Americanos, de acuerdo con sus necesidades peculiares, adaptó a su derecho interno, originándose así una serie de instituciones, que habiéndose inspirado en la estadounidense, sin embargo, se apartan de ella en muchos aspectos; como los mexicanos podemos constatar a través de nuestro juicio de amparo (4).

(2) *Derecho bancario*, tomo II, México, 1956, págs. 295-296.

(3) Cfr. sobre este fenómeno de adaptación del *trust* angloamericano en las instituciones jurídicas lationamericanas, el documentado estudio de Roberto GOLDSCHMIDT y Phanor J. EDER: *El fideicomiso (trust) en el derecho comparado (especialmente americano)*, Buenos Aires, 1954. Y en un sentido más amplio, en relación con la recepción del *trust* en los países de tradición continental europea, Cfr. Ricardo J. ALFARO y Ruford G. PATTON: *El fideicomiso moderno, Ingreso de la institución del "trust" en los sistemas civiles*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, volumen XXVIII, núm. 4, mayo-junio de 1959, págs. 341-365.

(4) Cfr. del propio Phanor J. EDER: *Judicial Review in Latin America*, en "Ohio State Law Journal", otoño de 1960, págs. 570-615; J. A. C. GRANT: *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963, esp. págs. 51 y ss. Esto no significa que el fideicomiso por una parte o el amparo (tanto mexicano como las instituciones similares de Latino-Amé-

Precisamente el fideicomiso, como una adaptación del *trust*, con modalidades propias a las necesidades Latino-Americanas, indica la paulatina, aunque difícil, aproximación de los dos grandes sistemas jurídicos: el angloamericano y el continental europeo; inconciliables en apariencia, pero con numerosos contactos, que cada vez van siendo más estrechos, en cuanto se van conociendo sus recíprocas características (5).

El distinguido jurista francés René DAVID, ha señalado que hace cincuenta años existía un recíproco desconocimiento de ambos derechos (continental y angloamericano), pero que en los últimos treinta años las cosas han cambiado, pues se han celebrado numerosos congresos y se ha puesto de moda el derecho comparado, y agrega que los esfuerzos de comprensión y aproximación recíproca, permiten presagiar que las palabras "derecho occidental", que hasta ahora tienen valor sociológico y filosófico, pueden llegar en un futuro más o menos próximo a tener un significado estrictamente jurídico (6).

El fideicomiso, en pleno período de formación, puede considerarse como definitivamente arraigado en México, y a pesar de las dificultades que significa la aclimatación de una institución que se ha desarrollado y florecido en otras tierras diferentes, creemos y esperamos que evolucionen de tal manera que pueda colaborar en la transformación de nuestro derecho, que se advierte ya en muchas de sus ramas, sin perder por ello su peculiar fisonomía.

Roberto MOLINA PASQUEL, uno de los tratadistas mexicanos que más se han preocupado por el fideicomiso y su estudio com-

rica) por la otra, se hayan inspirado exclusiva y respectivamente en el *trust* o en la *judicial review*, pues hay que recordar la tradición romana del *fideicommissum* y del *pactum fiduciae*, y los sistemas europeos de justicia constitucional, especialmente los procesos forales aragoneses, de donde tomamos el nombre de amparo, y en el caso de México, la casación francesa; pero sí podemos afirmar que la influencia más aparente en ambas instituciones es precisamente la angloamericana y con mayor fuerza todavía en el fideicomiso.

(5) Roberto GOLDSCHMIDT señala, agudamente, que no obstante que los legisladores latino-americanos se han inspirado en el *trust*, especialmente norteamericano, sin embargo, al introducir el fideicomiso no han anhelado realizar, por intermedio de éste, todos los fines que los angloamericanos han conseguido a través del *trust*, ya que el derecho continental comprende ciertas instituciones susceptibles de lograr algunos de los objetivos propios del *trust*. *El fideicomiso en los países de América Latina*, Caracas, 1961, páginas 5-6.

(6) *Esiste-t-il un Droit Occidental?*, en el volumen "XX Century Comparative and Conflicts of Law. Legal Essays in honor of Hassel E. Yntema", Leyden, 1961, págs. 63-64.

parativo con el *trust* angloamericano, afirma en un trabajo reciente, que en nuestro país, como una operación reservada a los bancos, es quizá, una de las nuevas instituciones mercantiles, la que mayores servicios ha prestado a la vida económica del país, y ha sido precisamente el Estado, quien mayor uso ha hecho del fideicomiso desde sus primeros años de su recepción (7).

Tratándose, según hemos manifestado, de una institución en su fase de conformación definitiva, resulta conveniente abordar todos sus ángulos para colaborar, dentro de nuestras modestas posibilidades, a señalar los problemas que requieren un mayor estudio, y consideramos que es la perspectiva procesal aquella que todavía no ha llamado suficientemente la atención a nuestros tratadistas, y por ello es que pretendemos esbozar, así sea superficialmente, este sector aún poco iluminado del fideicomiso mexicano.

2. AUSENCIA DE UNA DOCTRINA PROCESAL MEXICANA RESPECTO AL FIDEICOMISO

México es quizás el país de la América Latina que ha logrado el desarrollo doctrinal más considerable sobre la materia sustantiva del fideicomiso.

Los mercantilistas más destacados han elaborado estudios muy profundos sobre esta nueva institución, y sin la intención de señalarlos todos, sino exclusivamente los más recientes, podemos mencionar entre las obras generales sobre títulos de crédito y derecho bancario, las redactadas por Raúl CERVANTES AHUMADA (8) y Octavio HERNÁNDEZ (9).

Existen también numerosos estudios monográficos, encontrándose entre los más recientes los escritos por Joaquín RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ (10), Roberto MOLINA PASQUEL (11), Rodolfo BA-

(7) *Recepción, evolución y estado actual del fideicomiso en el derecho mexicano*, en "Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Buenos Aires, 1958, II, págs. 54 y ss.

(8) *Títulos y operaciones de crédito*, 4.ª Ed., México, 1964, con un capítulo especial sobre fideicomiso, breve, pero muy sustancioso, págs. 303-315.

(9) *Derecho bancario*, II vols., México, 1956, trata el fideicomiso de manera sistemática y pormenorizada en el volumen II, págs. 224-298.

(10) *El fideicomiso y la separación en la quiebra*, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núms. 7 y 8, México, julio-diciembre de 1940, págs. 353-367; *El fideicomiso; esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento*, México, 1946.

(11) Entre varios otros, *Los derechos del fideicomisario*, México, 1946; *Ensayo sobre la propiedad del trust*, México, 1951; *Sobre la naturaleza de*

TIZA (12), Jorge BARRERA GRAF (13), Jorge SERRANO TRASVIÑA (14), Adrián LAJOUS (15), Manuel LIZARDI ALBARRÁN (16), Emilio KRIEGER VÁZQUEZ (17), Julián BOJALIL (18), Ismael ROMERO ZAIZER (19), etc., así como un considerable número de tesis de licenciatura, elaboradas precisamente sobre esta apasionante materia.

Pero así como la institución misma del fideicomiso, examinada en todos sus aspectos, desde el comparativo con el *trust* angloamericano, como en sus elementos subjetivos y objetivos, ha sido materia de una intensa y siempre en aumento, elaboración doctrinal, por el contrario, fuera de los estudios del juriconsulto español RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ y el tratadista mexicano BARRERA GRAF, ya mencionados, es decir, *El fideicomiso y la separación en la quiebra* (ver nota 10), *Naturaleza jurídica del fideicomiso, quiebra del fideicomisario* (ver nota 13), los problemas procesales relacionados con esta institución, no han sido abordados por los tratadistas mexicanos, no obstante que el aumento en la práctica del fideicomiso debe traer consigo una serie de problemas de carácter instrumental, que es necesario plantear y procurar su resolución.

Tampoco la legislación nacional ha establecido una regulación precisa sobre los aspectos procesales de la institución, pues sólo preceptos aislados se refieren eventualmente al juez que deba

los derechos del C. Q. T. y del fideicomisario. México, 1953; *Recepción, evolución y estado actual del fideicomiso en el derecho mexicano*, cit., *Conferencias sobre fideicomiso, "trust" y "equity"*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 20, octubre-diciembre de 1955, págs. 51-101.

(12) *Tres estudios sobre el fideicomiso*, México, 1954; *El fideicomiso, Teoría y práctica*, México, s. f.

(13) *Dos estudios sobre el fideicomiso*, en su libro *Estudios de derecho mercantil*, págs. 311-371; sentencia comentada, *Naturaleza jurídica del fideicomiso, quiebra del fideicomisario*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 28, octubre-diciembre de 1957, págs. 201-234.

(14) *Aportación al fideicomiso*, México, 1950. *Aportación al fideicomiso*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 8, octubre-diciembre de 1952, págs. 179-210.

(15) *Las operaciones de crédito* (tesis de doctorado), esp. págs. 151 y ss.; *A propósito del fideicomiso*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 11, julio-septiembre de 1953, págs. 47-54.

(16) *Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso* (tesis), México, 1945.

(17) *Notas sobre el fideicomiso* (tesis), México, 1944.

(18) *El fideicomiso*, México, 1962.

(19) *El fideicomiso, con especial referencia al derecho mexicano*, en "Revista de derecho español y americano", año VIII, núm. II, Madrid, octubre-diciembre de 1963, págs. 47-60.

decidir algunos problemas específicos derivados del fideicomiso, tales como el segundo párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con el empate que puede surgir en la votación de los beneficiarios, en caso de ser varios, que será decidido por el juez de primera instancia del domicilio del fiduciario; el 350, segundo párrafo del propio ordenamiento, sobre la designación de la institución fiduciaria, que no hubiese sido nombrada por el fideicomitente, o en su caso, por el fideicomisario, y que debe ser hecha por el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes.

El artículo 356 de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito también se refiere al juez de primera instancia del domicilio de la fiduciaria, para que califique la excusa o renuncia por causas graves para el cumplimiento del fideicomiso.

También en el artículo 349 se hace una alusión a la posibilidad de que autoridades *judiciales* y administrativas competentes puedan ser fideicomitentes, en relación con bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen.

Pero estas referencias a la autoridad judicial para conocer de algunos aspectos aislados derivados de la constitución o el funcionamiento del fideicomiso, no comprenden sino un pequeño sector de los problemas procesales que pueden surgir en relación con el propio fideicomiso.

Una de las razones por las cuales ni la doctrina ni el legislador se han preocupado por el estudio procesal de la institución que examinamos, se debe a la situación peculiar del enjuiciamiento mercantil, que ha permanecido estático frente a la extraordinaria evolución del proceso civil, habida cuenta que su regulación parcial (20) se encuentra todavía en el Código de Comercio de 15 de septiembre de 1899, cuya parte sustantiva ha sido sustituida en gran parte por leyes especiales, además de que por la época en que fueron redactadas las referidas normas procesales, inspiradas en gran parte por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales de 15 de mayo de 1884, son notoriamente inadecuadas para el dinamismo de la actividad mercantil moderna, especialmente en materia de operaciones de crédito.

(20) Ya que parte de sus disposiciones, como las relativas al recurso de casación, han sido derogadas y las referentes a las quiebras son objeto de una ley especial, la de Quiebras y suspensión de Pagos, de 31 de diciembre de 1942.

El procesalista español Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO en un profundo y minucioso estudio (21), ha puesto de relieve el atraso y los defectos de las disposiciones procesales mercantiles, las cuales es necesario actualizar.

Ya sea que se adopte la solución propuesta por el citado jurisconsulto, o sea, incorporar las disposiciones procesales mercantiles a la materia procesal civil, como se ha hecho por algunos códigos modernos como el Procesal Civil Italiano de 1942 (22), y el Código Procesal Civil Portugués de 1939 (23); y en Hispano-América, el recientísimo Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala promulgado el 14 de septiembre de 1963; o bien, que siguiendo el sistema actual, formen parte del nuevo Código de Comercio, cuyo proyecto se encuentra desde hace varios años en elaboración; de cualquier manera es preciso modernizar el enjuiciamiento mercantil, para adecuarlo a las necesidades actuales.

Por las razones anteriores, consideramos que resulta ya necesario prestar una mayor atención a la materia instrumental en la disciplina del derecho mercantil, observándolo a través del prisma de la teoría general del proceso (24) que ha alcanzado una evolución verdaderamente sorprendente en los últimos tiempos; ya que habiéndose iniciado la ciencia procesal, por la doctrina alemana y continuada por los procesalistas italianos, ha pasado ahora a los estudiosos latino-americanos (25).

Por otra parte, contrariamente a lo que ha ocurrido con la legislación mexicana, la más reciente ley sobre fideicomiso de Hispano-América, o sea, la venezolana de 17 de agosto de 1956, ha establecido reglas precisas en sus artículos 29 y 30 (26) sobre

(21) *Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano, y conveniencia de su reabsorción por el civil*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 7, julio-septiembre de 1952, págs. 19-33.

(22) Ya que con exclusión de las quiebras y la materia de navegación, reguladas ambas por leyes especiales también de 1942, toda la materia sustantiva mercantil fue incorporada al Código Civil de ese mismo año.

(23) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *op. ult. cit.*, págs. 33-34.

(24) Cfr. Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO: *Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso*, en "Jus", tomo XXVII, núm. 140, México, marzo de 1950, págs. 177 y ss.

(25) Para la evolución del derecho procesal científico y sus diversas escuelas, Cfr. Pedro ARAGONES ALONSO: *Proceso y derecho procesal*, Madrid, 1950, págs. 562 y ss.; Enrico ALLORIO: *Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal*, en su libro "Problemas de derecho procesal", traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1964, págs. 101-119.

(26) Preceptos que establecen lo siguiente: "Art. 29.—Corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento de todas las controversias concernientes a la constitución, funcionamiento, y terminación del fideicomiso, salvo

la competencia y el procedimiento, que deben seguirse en las controversias surgidas con motivo de la aplicación del propio ordenamiento, de acuerdo con el proyecto redactado por el tratadista Roberto GOLDSCHMIT, que casi sin variaciones fue aceptado por el legislador venezolano.²⁷

Además, en el derecho angloamericano se ha observado recientemente, que cada vez tienen mayor intervención los juzgadores para modificar, a petición de los beneficiarios, las condiciones de cumplimiento del fideicomiso, establecidas por el *settlor*, pero que ya no resultan adecuadas a los fines del negocio jurídico respectivo, debido a un cambio en la situación de los propios fideicomisarios o del patrimonio fideicometido.

Esta evolución legislativa del *trust*, se ha observado tanto en Inglaterra, a través de la ley denominada *Variation of Trust Act* de 1958, y también en Canadá, país en el cual varias leyes provinciales siguieron el ejemplo de la citada ley británica, expidiendo ordenamientos similares o incorporando dichas disposiciones en sus respectivas leyes sobre *Trust* (Nueva Escocia, Isla del Príncipe Eduardo, Ontario, Alberta, Manitoba y Nueva Brunswick); como lo destaca en un excelente y minucioso estudio el jurisconsulto A. J. MCCLEAN.²⁸

Esta transformación dinámica del *trust* angloamericano, para adaptarse a las necesidades sociales modernas, tarde o temprano repercutirá en el derecho latinoamericano, pues como advierte nuestro tratadista Rodolfo BATIZA, si bien el fideicomiso mexicano no tiene relación directa de filiación con el *trust*, la comparación crítica entre ambas instituciones revelará al intérprete imparcial las deficiencias y desviaciones del fideicomiso, ayudándole a

que la constitución del mismo sea un acto de comercio para el fideicomitente, en cuyo caso corresponderá a la jurisdicción mercantil". Art. 30.- Se entiende por Juez del fideicomiso a los efectos de esta Ley: 1.º En el caso de fideicomiso constituido por testamento, el Juez del lugar de la apertura de la sucesión, y si ésta se hubiere abierto fuera de la República, el Juez del lugar donde se encuentre la mayor parte de los bienes del fideicomitente que existen en el territorio nacional. 2.º En el caso de fideicomiso constituido por acto entre vivos, el Juez del domicilio del fideicomitente en el momento de la constitución, salvo que éste hubiere elegido otro lugar para la administración de los bienes fideicometidos, en cuyo caso será competente el Juez de este lugar.

²⁷Proyecto de Ley de Fideicomisos con su Exposición de Motivos, Caracas, 1956.

²⁸*Variation of trust in England and Canada*, en "The Canadian Bar Review", vol. XLIII, núm. 2, mayo de 1965, págs. 181-261.

colmar sus numerosas lagunas y le ahorrará la inútil necesidad de tener, a cada paso, que descubrir el Mediterráneo (29).

Esto significa que la ejecución del fideicomiso requerirá frecuentemente la intervención judicial, ya sea en la vía de la llamada, impropia, jurisdicción voluntaria; o en caso de conflicto, a través de un verdadero proceso y para resolver una parte muy importante de estos problemas será necesario acudir a la doctrina procesal, lo que hace más patente, si se quiere, la necesidad del enfoque instrumental de la institución.

3. PRINCIPIOS ESENCIALES QUE RIGEN EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

No pretendemos de ninguna manera realizar una aportación respecto al debatido problema de la naturaleza jurídica del fideicomiso, que ha sido objeto de profundos estudios por juristas nacionales y extranjeros y que se encuentra todavía en vías de elaboración (30); sino exclusivamente sentar algunos principios básicos en relación con la institución que examinamos, que nos puedan servir de apoyo para abordar posteriormente las cuestiones procesales, que constituyen la materia sustancial de este trabajo. En consecuencia, no intentaremos ensayar ninguna definición —ya que son muchas las expresadas sobre nuestro fideicomiso— ni tomar partido por alguna de las numerosas teorías que han pretendido y todavía pretenden desentrañar su concepto.

Creemos que las dificultades con las cuales ha tropezado la institución en las legislaciones latino-americanas, se deben fundamentalmente a la introducción de una figura jurídica anglosajona en una mentalidad romanista, puesto que como lo expresa uno de los más distinguidos tratadistas sobre esta materia, Ricardo J. ALFARO, la mentalidad civilista (es decir, continental europea) rigurosamente lógica, rechaza instintivamente la existencia simultánea de dos dominios distintos sobre una misma cosa, el dominio legal y el dominio de equidad, como lo hace el derecho angloamericano en la figura jurídica del *trust* (31).

(29) *El fideicomiso, teoría y práctica*, cit., pág. 15.

(30) Puede observarse la gran variedad de criterios que existe sobre la naturaleza del fideicomiso en el gran número de definiciones —y podrían agregarse muchas otras— que cita Octavio HERNÁNDEZ en su *Derecho Bancario*, cit., tomo II, págs. 296-298.

(31) *Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*, en el volumen "Cursos Monográficos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional", vol. I, La Habana, 1948, pág. 34.

Aunque en el fondo las contradicciones entre ambos sistemas no sean tan profundas como aparentan, puesto que los recientes estudios comparativos han puesto de relieve muchos puntos de contacto, sin embargo, el peso de la tradición, los diversos puntos de vista, y aun la terminología, obstaculizan la comprensión de las instituciones que se traspasan de un sistema a otro; las que además, les ocurre lo que a los vegetales, que llevados a suelos y climas distintos, producen frutos que sin perder sus características originales, difieren del producto primitivo.³²

La legislación mexicana, ha procurado acoger al fideicomiso dentro de su mentalidad continental europea y lo ha conformado de acuerdo con esa mentalidad y por eso es que su regulación no es todo lo precisa que pudiera desearse, comenzando por la descripción (que no definición), que se contiene en el artículo 346 de" la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en vigor, de acuerdo con la cual: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Al parecer y de acuerdo con lo que se desprende de la redacción del segundo párrafo del artículo 351 del propio ordenamiento e implícitamente del artículo 45, fracción II, inciso c) de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 3 de mayo de 1941³³ se acepta hasta cierto punto, el criterio

³²En la Exposición de Motivos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, se reconocen expresamente las dificultades de la aclimatación del fideicomiso en cuanto se dice: "*Aun cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas*, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito lo había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que muestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía..."

³³Dichas disposiciones establecen en la parte conducente: "Art. 351.

... Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros..." "Art. 45 La actividad de las instituciones fiduciarias se someterá a las siguientes reglas: ... II. La proporción de sus responsabilidades con su capital se someterá a las siguientes reglas: ...c) Cuando se trate de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar determinado fin, o de percibir el importe de realización de bienes de cualquiera clase y cuya liquidación forma parte de una tramitación judicial..."

del tratadista francés Pierre LEPAULLE (34) uno de los expositores clásicos de la institución en el derecho continental europeo, en el sentido de que el fideicomiso se caracteriza por la constitución de un patrimonio autónomo afectado al fin concreto para el cual lo destinó el fideicomitente (35).

Esta caracterización del fideicomiso no obstante haber sido aceptado en esencia por nuestra legislación, ha sido criticado por la doctrina tanto nacional como extranjera.

Las principales objeciones que se hacen a las caracterización de LEPAULLE, radican en su concepción de un patrimonio desvinculado de la persona jurídica, pues se considera que no puede concebirse un patrimonio sin titular.

Así, mientras SERRANO TRASVIÑA, afirma que no es posible considerar que existe un patrimonio sin dueño, por la sencilla razón de que todo derecho se otorga forzosamente a un titular y todo deber se impone a un sujeto; conceptos de derecho y deber que integran el patrimonio (36); Emilio KRIEGER VÁZQUEZ, considera que la teoría del patrimonio de afectación es producto del desconocimiento de un axioma jurídico fundamental: que donde no hay sujeto no puede haber regulación jurídica, pues éste no se refiere a las cosas, sino a la conducta humana (37).

(34) Rodolfo BATIZA, *El fideicomiso*, cit., págs 116 y ss., afirma que el concepto del fideicomiso acogido por el legislador, constituye un reflejo alterado de la interpretación que acerca del *trust* elaboró LAPAULLE. Cfr. también MOLINA PASQUEL: *Ensayo sobre la propiedad en el trust*, cit., páginas 6 y ss.; Id. *Recepción, evolución y estado actual del fideicomiso en el derecho mexicano*, cit., pág. 40 y ss.

(35) Cfr. LAPAULLE: *La naturaleza del trust*, trad. de Pablo Macedo, en "Revista General de Derecho y Jurisprudencia", tomo III, 1932, págs. 105-123, en donde propone la siguiente definición: "El *trust* es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que sean útiles para cumplir dicha obligación", pág. 116; posteriormente, en su *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, París, 1932, en que ensaya una nueva definición del *trust*, como "la institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público". En esta segunda oportunidad es donde el jurista francés adopta el criterio del patrimonio sin titular, siendo, por tanto, su primitivo punto de vista el que más influye en la legislación mexicana, según lo pone de relieve MOLINA PASQUEL, *Recepción, evolución y estado actual del fideicomiso en el derecho mexicano*, cit., págs. 42 y ss.

(36) *Aportación al fideicomiso*, cit., págs. 180 y ss.

(37) *Notas sobre el fideicomiso*, cit., pág. 91.

Pero el crítico más severo de la aceptación de la tesis de LEPAULLE por el legislador mexicano, es el jurista panameño Ricardo J. ALFARO, el cual sostiene que el término afectación es incorrecto: "ni es el lenguaje técnico de la jurisprudencia civil ni es buen castellano en el sentido en que se la usa", agregando que lo que quiere significar el tratadista francés es la destinación de un patrimonio a un fin, con lo cual tampoco se soluciona el problema, si no es acudiendo al elemento subjetivo de la institución, formado por el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario (38).

Consideramos entonces, siguiendo a Rodolfo BATIZA, que la legislación nacional no aclara la vaguedad y oscuridad del ordenamiento que sustituye (la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926), ni tampoco precisa su naturaleza y sus efectos y la prueba de ello es la desorientación que existe en la doctrina y en la jurisprudencia (39).

Creemos, por tanto, que como lo afirma el propio ALFARO, el meollo del problema consiste en la naturaleza de la transmisión del patrimonio que se efectúa por virtud del fideicomiso (40).

Esta transmisión de los bienes sometidos a fideicomiso determina una situación peculiar de los mismos, que no resulta fácilmente comprensible en el régimen jurídico continental europeo, en el cual no existe, al menos desde el punto de vista tradicional, una figura semejante, tanto más cuanto que en el derecho angloamericano, la institución original del *trust* se explica históricamente en virtud de una especie de desdoblamiento en el derecho de propiedad, que como sostiene certeramente el comparatista estadounidense Phanor J. EDER, se hace confusa para el extranjero, salvo que haya hecho un estudio de la historia de ese sistema jurídico y se halle compenetrado del dualismo que existe entre el *common law* y la *equity*, aunque los mismos hubiesen sido fusionados desde el punto de vista jurisdiccional (41).

Precisamente en virtud de esta dualidad de normas jurídicas de *common law* y de *equidad*, el jurisconsulto italiano Remo FRANCESCHELLI, en su clásica monografía intitulada *Il "trust" nel diritto inglese* (Padova, 1935) —que al decir del publicista mexi-

(38) *Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*, cit., página 91.

(39) *El fideicomiso*, cit., pág. 117.

(40) *Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*, cit., páginas 48 y ss.

(41) *El fideicomiso (trust) en el derecho angloamericano*, en el volumen que redactó conjuntamente con Roberto GOLDSCHMIDT, *el fideicomiso (trust) en el derecho comparado (especialmente americano)*, cit., pág. 30.

cano Gustavo R. VELASCO se encontró de moda en nuestro país, al menos por algún tiempo⁴² — consideró, influenciado por el estudio histórico-crítico de la institución, en Inglaterra, que el fideicomiso implica un desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de dominio sobre el mismo objeto y en relación con dos sujetos diversos, atribuyendo a uno de estos sujetos (*trustee*, fideicomitente) el derecho de propiedad formal, exterior y al otro (el beneficiario, fideicomisario) el derecho de propiedad sustancial.⁴³

Se ha discutido entonces, si esa transmisión incluye la propiedad de los bienes fideicometidos (en el supuesto de que éste se constituye sobre bienes y no sobre derechos), o si únicamente se trata de un desmembramiento de ese derecho de propiedad, tomando en consideración, que de acuerdo con nuestro derecho positivo, la propiedad significa un poder jurídico exclusivamente sobre los objetos corporales, es decir, sobre las cosas, según se desprende del artículo 830 del Código civil para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en toda la República en Materia Federal.⁴⁴

Tal parece desprenderse de lo dispuesto por los artículos 352 a 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los cuales establecen que la constitución del fideicomiso debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de *propiedad* de las cosas que se den en fideicomiso y exigen las mismas formalidades que se requieren para la transmisión de los bienes inmuebles (inscripción en el Registro Público de la Propiedad) y de los muebles (notificación al deudor, registros del emisor, o que se entregue a la institución fiduciaria), para que surta efectos el fideicomiso relativo respecto de terceros.

En virtud de estas disposiciones legales y también debido a la influencia de FRANCESCHELLI, un sector de la doctrina ha llega-

⁴²En su excelente artículo intitulado *Estudio sobre "los principios del trust anglosajón*, en "El Foro", 2ª. época, tomo II, núm. 3, México, septiembre de 1945, pág. 298.

⁴³*Il trust nel diritto inglese*, cit., pág. 35. De acuerdo con dichas bases, redacta la siguiente definición del *trust*: "es una relación fiduciaria que deriva de la voluntad de los particulares o de la ley, en virtud de la cual el fiduciario (*trustee*), que tiene sobre determinados bienes la propiedad formal (*trust ownership, legal state*), o la titularidad, es considerado por efecto de la propiedad sustancial (*beneficiary-ownership, equitable state*) que corresponde a otro (beneficiario), a custodiaria o administrarla, o a servirse de aquellos en provecho de uno o más beneficiarios, entre los cuales puede encontrarse el propio obligado.

⁴⁴Cfr. Rafael ROJINA VILLEGAS: *Compendio de derecho civil*, tomo II, México, 1963, págs. 79 y ss.

do a considerar que se transmite al fiduciario la propiedad de los bienes fideicomitados, si bien esta propiedad, como lo estima RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ (45), no es perfecta, sino que se trata de dominio fiduciario, o sea que, la institución respectiva es dueña en función del fin que debe cumplir; desde otro punto de vista debe otorgársele la propiedad en el sentido ordinario y común de la palabra, según lo propone MOLINA PASQUEL (46); en tanto que LANDERRECHE OBREGÓN sostiene que lo que se transmite al fiduciario es una desmembración del derecho de propiedad semejante a la del usufructo, en que se separan el derecho de usufructo y la nuda propiedad (47).

Lo que sí no puede dudarse es que los bienes, o en su caso, los derechos salen del patrimonio del fideicomitente, aun en el supuesto de que se reservara la propiedad, o afectara sólo alguna parte de sus derechos, como lo autoriza el artículo 351 de la invocada Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que faculta al propio fideicomitente a reservarse determinados derechos.

Lo cierto es que el problema de la propiedad ha preocupado demasiado a la doctrina, pues como lo afirma certeramente el mercantilista mexicano CERVANTES AHUMADA, existen dos razones para no centrar la situación jurídica del fideicomiso en el derecho de propiedad; en primer lugar porque pueden afectarse no sólo bienes, sino también derechos, que según nuestro sistema jurídico, según se ha visto, no pueden ser objeto de propiedad, y en segundo término, en virtud de que aun aceptando que pudiera hablarse de derechos dominicales, estos se colocan fuera del régimen normal de propiedad, como ocurre, por ejemplo, con la llamada propiedad ejidal (48).

Consideramos, entonces, que es más correcta la posición de la doctrina mayoritaria, cuando prefiere hablar de titularidad del fiduciario y no de propiedad o dominio de parte del mismo, en relación con los bienes afectados (49).

(45) *El fideicomiso*, cit., pág. 4; *El fideicomiso y la separación en la quiebra*, cit., págs. 354-355; *La separación de bienes en la quiebra*, México, 1951, págs. 195 y ss.

(46) *Ensayo sobre la propiedad en el trust*, cit., pág. 30, aunque agrega que resulta conveniente usar el concepto de titularidad de acuerdo con la posibilidad de fideicometer derechos que no sean susceptibles de propiedad.

(47) *Naturaleza del fideicomiso en el derecho mexicano*, en "Jus", número 50, México, septiembre de 1942, pág. 201.

(48) *Títulos y operaciones de crédito*, cit., pág. 306.

(49) Cfr. CERVANTES AHUMADA, *op. ult. cit.*; Octavio HERNÁNDEZ: *Derecho Bancario*, tomo II, págs. 276 y 298; SERRANO TRASVIÑA: *Aportación al fidei-*

Este es también el criterio del proyecto del Código de Comercio (Revisado en 1960) que en su artículo 807, establece que: "Por el fideicomiso, el fideicomitente transmite la *titularidad* de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a utilizarlo para la realización de un fin determinado".

No puede hablarse de propiedad, aun en el supuesto de que se afecte la misma en el fideicomiso, porque los bienes transmitidos a la institución fiduciaria no ingresan en el patrimonio de la misma, sino, por el contrario, se encuentran plenamente separados de dicho patrimonio, como lo exige expresamente el artículo 45, fracción III, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (50), ni tampoco entran en la masa de la quiebra, en el supuesto poco probable debido a la vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria, de que ocurriese la quiebra de la institución fiduciaria (51).

En consecuencia, puede considerarse correcta la posición de LEPAULLE, al menos en su primera elaboración (52), de donde ha surgido el punto de vista aceptado por una gran parte de la doctrina mexicana, y se desprende de nuestra legislación, según se ha visto, de que los bienes sometidos al fideicomiso constituyen un *patrimonio de afectación*, o si se quiere evitar la crítica del jurisconsulto panameño ALFARO, considerarlo como un *patrimonio autónomo destinado a una finalidad determinada*, pero

comiso, cit., págs. 332 y ss.; José Manuel VILLAGORDA LOZANO: *Breve estudio sobre el fideicomiso*, en "Anales de Jurisprudencia", año XXIII, tomo LXXXVIII, México, julio-septiembre de 1956, págs. 121 y ss.

(50) Dicho precepto dispone: "Art. 45. La actividad de las instituciones fiduciarias se someterá a las siguientes reglas: ...III. Las instituciones fiduciarias registrarán en su contabilidad y en contabilidades especiales que deban abrir por cada contrato de *fideicomiso*, mandato, comisión, administración o custodia, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confien, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos, debiendo coincidir invariablemente los saldos de las cuentas controladoras de la contabilidad de la institución, con los de las contabilidades especiales. *En ningún caso estos bienes están afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo*, mandato, comisión o custodia, o las que contra ellos corresponda a terceros de acuerdo con la ley..."

(51) Cfr. RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ: *El fideicomiso y la separación en la quiebra*, cit., págs. 358 y ss.; Id. *La separación de bienes en la quiebra*, cit., págs. 204 y ss.; BARRERA GRAF: *Naturaleza jurídica del fideicomiso, quiebra del fideicomisario*, en su libro *Estudios de derecho mercantil*, cit., páginas 370-371.

(52) Es decir, en su artículo, traducido por Pablo Macedo, *La naturaleza del trust*, cit., en el cual lo consideraba como una afectación de bienes, de la cual era titular el fiduciario o *trustee*, págs. 115-116.

sin que resulte aceptable la segunda postura del distinguido tratadista francés, de privar a ese patrimonio de una titularidad (53), por lo que la opinión predominante se ha hecho consistir en que esa titularidad corresponde al fiduciario (*trustee*).

Ahora bien, el problema consiste en determinar cuál es el contenido de esa titularidad, ya que el concepto es puramente formal, pues cuando se afirma que una persona es titular o que ejerce la titularidad, solamente establecemos que tiene o posee un poder jurídico, pero no se aclara el contenido de ese poder. Ya el jurisconsulto mexicano MOLINA PASQUEL advertía que en el mismo derecho anglosajón, la titularidad (*title*) constituye un concepto formal, sin contenido (*colourless*) (54).

La explicación de ese contenido resulta difícil, en virtud de que la titularidad que corresponde a la institución fiduciaria, se establece respecto de los bienes transmitidos en fideicomiso, exclusivamente para la realización de los fines del mismo, y no en su provecho, lo que significa en esencia, que el poder o los poderes jurídicos que tiene el fiduciario deben ejercitarse en beneficio del fideicomisario, y por ello es que en una primera etapa, el distinguido jurista panameño Ricardo J. ALFARO, llegó a considerar que se trataba de un mandato irrevocable, y así lo establece la Ley sobre Fideicomisos de Panamá, de 20 de febrero de 1941, inspirada en sus doctrinas (55).

Este punto de vista ha sido rebatido suficientemente por la doctrina y aun abandonado por su autor con posterioridad (56),

(53) Que es el punto de vista que adopta el mismo LAPAULLE en su clásico *Traité théorique et pratique des trust*, etc., cit., págs. 166 y ss.

(54) *Ensayo sobre la propiedad en el trust*, cit., pág. 30. Cfr. también Ricardo J. ALFARO: *Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*, cit., págs. 53 y ss.

(55) Dicho precepto establece: "*El fideicomiso es un mandato irrevocable* en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que lo transmite, llamado fideicomitente a beneficio de un tercero llamado fideicomisario". En términos casi idénticos se encuentra redactado el segundo párrafo del artículo 834 del Código Civil de Puerto Rico, que recibió también la influencia directa del jurista panameño: "*...El fideicomiso es un mandato irrevocable* a virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordene la que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de este mismo o de un tercero llamado fideicomisario..."

(56) En su monografía ya citada, *Aportación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*, pág. 45, sostiene que: "Sea esta la ocasión para repetir que el *simil del mandato irrevocable* no quita ni agrega nada al concepto del *trust* o fideicomiso moderno y que *bien puede prescindirse de él...*"

y desde luego no puede explicar la situación peculiar de que el fiduciario no actúa a nombre ajeno, como el mandatario, sino por virtud de su titularidad,⁵⁷ es decir, a nombre propio, pero en interés o beneficio del fideicomisario; con la circunstancia de que cuando se le transmite la propiedad de los bienes fideicometidos, no es dueño de los mismos, pero sí puede ejercitar actos de dominio si lo requieren las finalidades establecidas en la constitución del propio fideicomiso; pues de acuerdo con la parte conducente del artículo 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito: "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas y limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo..."

De aquí que resulta explicable la confusión en que incurrió ALFARO en sus primeros estudios, pues la situación del fiduciario, en cierto modo resulta equiparable a la de un mandatario, el cual, aunque no es propietario de los bienes que se le han encomendado, puede disponer de ellos en beneficio del mandante, cuando se le han otorgado facultades de dominio;⁵⁸ pero lo que ha desconcertado y desconcierta del fideicomiso en relación con las figuras tradicionales del derecho continental europeo, es la situación peculiar del fiduciario, que sin ser dueño puede enajenar, si ese acto de disposición resulta necesario para los fines del fideicomiso, y por otra parte, sin ser apoderado o representante, los actos que ejecuta respecto del patrimonio destinado a los fines del propio fideicomiso, los realiza no en su propio interés, sino en el del beneficiario que puede ser inclusive el mismo fideicomitente.⁵⁹

En realidad, antes que derechos o facultades, la institución fiduciaria tiene obligaciones, tanto frente al fideicomitente como

⁵⁷Cfr. Rodolfo BATIZA: *El fideicomiso*, cit., págs. 60-62.

⁵⁸El párrafo tercero del artículo 2.554 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en toda la República en materia federal, establece: "En los poderes generales para ejercer *actos de dominio*, bastará que se den con ese carácter para que *el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para toda clase de gestiones a fin de defenderlos...*"

⁵⁹Esta incongruencia para el jurisperito formado en la tradición romanista resulta, por el contrario, fácilmente explicable en el derecho angloamericano, por virtud del desdoblamiento de la propiedad, que se operó históricamente en dos jurisdicciones: "*common law*" y "*equity*", y aunque se hayan unificado judicialmente, siguen subsistiendo en el aspecto sustantivo. Cfr. Oscar RABASA: *El derecho angloamericano*, México, 1944, págs. 270 y ss.; MOLINA PASQUEL: *Conferencias sobre fideicomiso, "trust" y "equity"*, cit., págs. 53 y ss.

respecto del fideicomisario, puesto que efectúa la prestación de un servicio y la titularidad de los bienes o del patrimonio fideicometido, se establece en virtud de la realización del fin que se persigue, de manera que se trata de una titularidad para cumplir con una obligación y en la medida de la propia obligación.⁶⁰

Se ha procurado explicar esta situación peculiar del fiduciario a través de la figura de los *derechos de ejercicio obligatorio*, que fue aplicada al fideicomiso primeramente por Oscar MORINEAU⁶¹ y posteriormente por SERRANO TRASVIÑA.⁶²

No pretendemos desentrañar el problema de los derechos de contenido obligatorio, que se encuentra en vías de elaboración por la doctrina,⁶³ pero creemos que puede ser utilizado, en principio, para explicar la titularidad del fiduciario sobre el patrimonio fideicometido, que sería entonces una *titularidad de ejercicio obligatorio*.

En el derecho público se ha desenvuelto un principio similar, en cuanto se considera que las atribuciones de los funcionarios públicos, en muchos casos tienen un carácter de ejercicio obligatorio, que se ha definido como "poder-deber" del funcionario, de manera que la titularidad de sus atribuciones sería también una titularidad de ejercicio obligatorio.⁶⁴

Una vez establecido *in limine* la naturaleza y contenido de la titularidad del patrimonio autónomo destinado al fin del fideicomiso, por parte de la institución fiduciaria, el siguiente problema

⁶⁰Claro que al prestar un servicio, la institución fiduciaria tiene derechos respecto del fideicomitente y del fideicomisario para el pago de estos servicios, pero tales derechos no están relacionados directamente con la titularidad del patrimonio afectado a los fines del fideicomiso.

⁶¹En su libro *El estudio del derecho*, México, 1953, págs. 234 y ss., quien afirma que el fiduciario tiene el deber de administrar los bienes fideicometidos en beneficio del fideicomisario, quien tiene derecho a la conducta del fiduciario y a exigirla.

⁶²*Aportación al fideicomiso*, cit., págs. 55 y ss., el cual define la institución como: "el negocio jurídico por el cual los derechos destinados a su consecución invierten su modo de ejercicio de potestativo en obligatorio, en virtud de un deber jurídico impuesto a su titular", pág. 369.

⁶³Cfr. Eduardo GARCÍA MAYNEZ: *Lógica del concepto jurídico*, México, 1959, pág. 183, distingue entre derechos subjetivos de ejercicio obligatorio y ejercicio potestativo; los primeros se fundan en un *deber jurídico del titular*, los segundos, en otro derecho del mismo sujeto.

⁶⁴Este concepto de la función pública como poder-deber se ha utilizado preferentemente respecto a la jurisdicción. Cfr. Eduardo J. COUTURE: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, 1958, páginas 29-30; pero esta idea puede extenderse sin dificultad a las demás funciones de los órganos del Estado.

consiste en desentrañar la naturaleza de los derechos tanto del fideicomitente, como los del beneficiario.

En cuanto al fideicomitente es preciso hacer una distinción, para separar los derechos que se reserve en el acto constitutivo del fideicomiso, porque estos no forman parte del patrimonio autónomo, y son de muy diversa naturaleza, ya que pueden variar desde la propiedad de los mismos bienes, hasta la facultad de revocar el propio fideicomiso e inclusive la posibilidad, salvo disposición en contrario del pacto constitutivo, de reversión del patrimonio autónomo que se incorporaría al del fideicomitente o sus herederos (arts. 351 y 358 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).⁶⁵

Otro género de derechos, con sus correlativas obligaciones para el constituyente del fideicomiso, son los que se refieren a la facultad de vigilar y supervisar (en el supuesto de que no figuren en la reserva de derechos), las operaciones realizadas por la institución fiduciaria, y aunque no hay disposición expresa en la legislación mexicana, puede considerarse implícita en la constitución del negocio jurídico respectivo –siempre que no sea por la vía testamentaria– que se efectúen debidamente los fines por los cuales instituyó el servicio bancario respectivo.

El proyecto de Código de Comercio, subsana esa omisión en el artículo 810, en el cual se establece que: "El fideicomitente además de los derechos que se hubiere reservado expresamente en el acto constitutivo del fideicomiso, podrá exigir el exacto cumplimiento de su cometido, y en su caso, pedir su remoción".

Ahora bien, debido a la reserva de derechos que puede hacer el fideicomitente, resulta muy difícil establecer de manera general la naturaleza de sus atribuciones y es necesario precisarlas en cada caso concreto,⁶⁶ pero puede concluirse que aquellos que derivan de la vigilancia del cumplimiento del fideicomiso, y que se puede ejercitar frente a la fiduciaria, son de carácter personal, en virtud de que los bienes y derechos que integran el patrimonio autónomo respectivo, han salido ya del patrimonio del propio fideicomitente, pues como lo expresa certeramente el tratadista mexicano CERVANTES AHUMADA, lo único que permanece en dicho patrimonio del fideicomitente son los derechos que expresamente se reservó y el derecho de reversión al terminarse el fideicomiso.⁶⁷

⁶⁵Cfr. BATIZA: *El fideicomiso*, cit., págs. 282-294.

⁶⁶Cfr. VILLAGORDOA LOZANO: *Breve estudio sobre el fideicomiso*, cit., páginas 130 y ss.

⁶⁷*Títulos y operaciones de crédito*, cit., pág. 308.

Existe incertidumbre respecto de los derechos del fideicomisario, especialmente cuando el fideicomitente ha transmitido la propiedad al fiduciario, ya que el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito le otorga la facultad de reivindicar los bienes que hayan salido del patrimonio fideicometido por los actos que la institución fiduciaria que hubiese realizado de mala fe o en exceso de las atribuciones que le hubiesen encomendado en el acto constitutivo (68).

La referida disposición legal parece conferir un derecho de propiedad al beneficiario sobre los bienes transmitidos al fiduciario, ya que de acuerdo con nuestro derecho positivo, la llamada acción reivindicatoria (en realidad derecho de reivindicación); compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la *propiedad*, y su efecto será declarar que el actor tiene el dominio sobre ella y se la entregue el demandado con usufructos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil (69).

Es probable que el legislador de 1932 estuviese bajo la impresión del desdoblamiento de la propiedad que se presenta en el derecho angloamericano, como lo han puesto de relieve los diversos tratadistas que se han ocupado del estudio del *trust*, y desde luego FRANCESCHELLI, en el sentido de que el fiduciario es propietario de acuerdo con el *common law* y al beneficiario le corresponde el dominio en "equidad" (siempre en el supuesto de que el *settlor* hubiese transmitido la propiedad de los bienes fideicometidos).

Pero una gran parte de la doctrina mexicana ha puesto de relieve que el fideicomisario solamente es titular de derechos personales frente a la institución fiduciaria (70) y que cuando el citado precepto se refiere a la reivindicación, en realidad, aun

(68) Dicho precepto dispone: "El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le conceda por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso"

(69) Sobre el derecho de reivindicación. Cfr. ROJINA VILLEGAS: *Compendio de derecho civil*, cit., tomo II, págs. 106-111; Rafael DE PINA: *Código de Procedimientos civiles*, Anotado, México, 1961, págs. 11-12.

(70) Cfr. CERVANTES AHUMADA: *Títulos y operaciones de crédito*, cit., página 311; MOLINA PASQUEL: *Los derechos del fideicomisario*, cit., páginas 164 y ss.; Id. *Sobre la naturaleza de los derechos del C. Q. T. y del fideicomiso*, cit., pág. 4 y ss.; BARRERA GRAF: *Naturaleza jurídica del fideicomiso*, etc., cit., pág. 354; LANDERRECHE OBREGÓN: *Naturaleza del fideico-*

en el supuesto de la transmisión del dominio de los bienes en fideicomiso, se trata sólo de la llamada "acción revocatoria" o "pauliana", que no confiere derechos reales a su titular, sino exclusivamente personales, para solicitar la nulidad de los actos del fiduciario, ejercitados en exceso de facultades o de mala fe.⁷¹

El tratadista español RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ consideró que el derecho de persecución del beneficiario contenido en el invocado artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podía considerarse como una "reivindicación útil",⁷² estimándola como diversa de la verdadera reivindicación, pues afirmó, siguiendo a la doctrina italiana, que se trataba de un derecho que se otorga al que no es propietario pero con efectos inclusive respecto de los terceros.⁷³

En realidad, es un derecho de persecución de los bienes que han salido del patrimonio del deudor (en el caso que nos ocupa, de la institución fiduciaria) en perjuicio del acreedor (beneficiario) que se hace valer judicialmente con el propósito de que se declare la nulidad de la operación respectiva, y el propio bien vuelva al patrimonio del propio deudor (es decir, reingrese al patrimonio destinado al fideicomiso bajo la titularidad del fiduciario); todo ello, no obstante que el que solicita la nulidad no es el propietario del bien que persigue.

Precisamente por las críticas que la doctrina ha efectuado contra la redacción del artículo 355 mencionado, el Proyecto de Código de Comercio, ha resuelto acertadamente la cuestión en el artículo 819, fracción II, de acuerdo con la cual: "El fideicomisario tendrá, además de los derechos que le conceda el acto

miso en el derecho mexicano, cit., pág. 208; SERRANO TRASVIÑA: *Aportación al fideicomiso*, cit., págs. 338 y ss.; Octavio HERNÁNDEZ: *Derecho Bancario*, cit., tomo II, págs. 271-273; VILLAGORDOA LOZANO: *Breve estudio sobre el fideicomiso*, cit., págs. 142-144, etc.

⁷¹De acuerdo con los artículos 2.163 y siguientes del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en toda la República en materia federal, los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de éstos resulta la insolvencia del deudor y el crédito por el cual se intenta la acción es anterior a ellos, requiriéndose la mala fe tanto del deudor como del tercero que contrató con él, cuando el acto fuere oneroso, pero si fuere gratuito, la nulidad procede aunque hubiese buena fe de ambos. La doctrina está de acuerdo en sostener que se trata de un derecho personal para obtener la nulidad de los actos celebrados en fraude de acreedores. Cfr. Marco Gerardo MONROY CABRA: *La acción pauliana*, Bogotá, 1964, págs. 55 y ss.

⁷²*El fideicomiso y la separación en la quiebra*, cit., págs. 354-355.

⁷³*La separación de los bienes en la quiebra*, cit., págs. 78 y ss.

constitutivo, las siguientes: ...II.—*Perseguir* los bienes fideicometidos, para reintegrarlos al patrimonio del fideicomiso, cuando hayan salido indebidamente del mismo...”

Otra cuestión sumamente debatida por la doctrina, radica en la naturaleza del acto constitutivo del fideicomiso, pues en tanto que un grupo de tratadistas encabezados por CERVANTES AHUMADA, considera que se trata siempre de una *declaración unilateral de voluntad* (74), en virtud de que de acuerdo con la legislación respectiva, no es preciso la designación de la institución fiduciaria ni del fideicomisario para la constitución del fideicomiso (artículo 350, segundo párrafo de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito) (75).

Otro sector de la doctrina se ha inclinado por considerar que el acto constitutivo del fideicomiso tiene carácter contractual, en cuanto se requiere siempre de la aceptación de la institución fiduciaria para que pueda operar, aunque esta aceptación sea posterior a la constitución misma, de acuerdo con el párrafo final del artículo 350 de la tantas veces invocada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, salvo lo dispuesto en el acto constitutivo, cuando la institución fiduciaria no acepte, y por renuncia o remoción cese en el desempeño de su encargo, y no fuere posible sustituirla, cesará el fideicomiso (76).

Finalmente, una tercera postura ha sido sustentada con argumentos muy agudos por BARRERA GRAF, en el sentido de considerar el acto constitutivo como una *estipulación en favor de tercero*, cuando se trata de un fideicomiso *inter vivos*, en el cual el fideicomitente y el fideicomisario son diversos (77).

Consideramos que cada sector de tratadistas mexicanos tiene la razón desde su punto de vista, ya que la extraordinaria flexi-

(74) *Titulos y operaciones de crédito*, cit., pág. 305; MOLINA PASQUEL: *Los derechos del fideicomisario*, cit., pág. 139; LANDERRECHE OBREGÓN: *Naturaleza del fideicomiso en el derecho mexicano*, cit., pág. 206; KRIEGER VÁZQUEZ: *Notas sobre el fideicomiso*, cit., pág. 41-54.

(75) Dicha disposición establece: “...En el caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley...” A su vez, el Proyecto de Código de Comercio, en su artículo 813, propone: “Si no se hubiere hecho designación de fiduciario ni se hubiere establecido procedimiento para nombrarlo, o si por cualquier causa faltare, la designación será hecha por el fideicomisario, o, si no lo hubiere, por el juez”.

(76) Defiende la tesis contractualista, entre otros. BATIZA: *El fideicomiso*, cit., págs. 125-128.

(77) *Naturaleza jurídica del fideicomiso*, cit., págs 358 y ss.

bilidad del fideicomiso y las múltiples formas que puede adoptar en nuestro derecho, implica que el acto constitutivo puede apoyarse tanto en la declaración unilateral del fideicomitente, como ocurre frecuentemente en el que se establece por voluntad testamentaria (78).

En otras ocasiones asume el carácter contractual, entre el fideicomitente y la institución fiduciaria, con efectos exclusivos entre ellos, cuando el primero es al mismo tiempo beneficiario, lo que ocurre frecuentemente tratándose del llamado "fideicomiso de inversión"; y también puede asumir los efectos de una estipulación a favor de tercero, como lo pretende BARRERA GRAF, cuando el fideicomisario es distinto del fideicomitente; pero inclusive puede adoptar la forma de un acto plurilateral, pudiéndose citar como ejemplo el fideicomiso de garantía, en el cual intervienen contractualmente y en forma simultánea, el deudor como fideicomitente, el acreedor como beneficiario y la institución fiduciaria.

Por eso consideramos más certera la visión que del acto constitutivo expresaba RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, cuando afirmaba que es un negocio jurídico unilateral o plurilateral, según los que intervengan en el acto constitutivo, que puede ser únicamente el fideicomitente, o bien pueden concurrir dos partes, es decir, el primero y la institución fiduciaria, y hasta tres, en el supuesto de que en el mismo acto de constitución tenga que intervenir el beneficiario, adquiriendo cada una de estas partes, obligaciones y derechos recíprocos (79).

En virtud de esa multiplicidad de aspectos que puede asumir el referido acto constitutivo del fideicomiso, se acude normalmente a utilizar la noción del negocio jurídico, que resulta comprensiva de todas las formas posibles de constitución, y por lo tanto, consideramos, que es preferible considerar la constitución del fideicomiso como un negocio jurídico, entendido como lo hace el tratadista italiano Francesco MESSINEO, como una declaración o conjunto de declaraciones de voluntad, dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos, que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza —de ordinario— en los límites de la correspondencia, o coherencia entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos, en cuanto los mismos sean lícitos (80).

(78) Cfr. Octavio HERNÁNDEZ: *Derecho Bancario*, cit., tomo II, páginas 290-291.

(79) *El fideicomiso*, cit., págs. 5-61.

(80) *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, tomo II, Buenos Aires, 1954, págs. 338 y ss.

Finalmente, y sin tomar partido en el problema relativo a si el fideicomiso constituye una especie del género de los negocios fiduciarios, como lo quiere parte de la doctrina mexicana (81) o lo niega otro sector de distinguidos tratadistas nacionales, con argumentos convincentes, quienes consideran que existe una diferencia precisa entre ambos negocios (82) (ya que esta cuestión no afecta directamente a la materia de este breve trabajo), si nos interesa dilucidar de la manera más breve posible la naturaleza mercantil, y más precisamente, bancaria, del fideicomiso mexicano.

El legislador mexicano, estimando que en nuestro país no es posible aceptar que las personas físicas puedan desempeñar funciones fiduciarias, como se admite en los países angloamericanos, especialmente en los influidos directamente por el derecho británico, estableció de manera expresa que sólo las instituciones bancarias, autorizadas expresamente como fiduciarias, podían desempeñar esta clase de operaciones (arts. 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 44 y siguientes de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

Debe hacerse notar que si bien algunas leyes latinoamericanas admiten el fideicomiso encomendado a particulares que actuarían como fiduciarios como ocurre con el artículo 24 de la Ley de Fideicomisos de Panamá (83); y el artículo 659 del Código Civil de Puerto Rico, reformado por ley 41 de 1928 (84); pero la mayoría de las legislaciones de Latinoamérica, se inclinan por considerar al fideicomiso como una actividad que deben desempeñar exclusivamente las instituciones bancarias, y así podemos señalar fundamentalmente y entre otras (85) al artículo 13 de la

(81) En este sentido, BARRERA GRAF: *Los negocios fiduciarios y el fideicomiso*, en su libro *Estudios de derecho mercantil*, cit., págs. 311-345; SERRANO TRASVIÑA: *Aportación al fideicomiso*, cit., págs. 366 y ss.; LIZARDI ALBARRÁN: *Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso*, cit., página 112; VILLAGORDOA LOZANO: *Breve estudio sobre el fideicomiso*, cit., páginas 79 y ss.; RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ: *El fideicomiso*, cit., págs. 4-5, etc.

(82) Especialmente CERVANTES AHUMADA: *Títulos y operaciones de crédito*, cit., págs. 307-308; MOLINA PASQUEL: *Los derechos del fideicomisario*, cit., pág. 139; BATIZA: *El fideicomiso*, cit., págs. 122 y ss.

(83) Dicho precepto establece: "Art. 24. Podrá ser fiduciario una persona natural o una jurídica. El fiduciario que sea persona natural deberá tener las cualidades y requisitos que la ley exige a los tutores".

(84) La parte relativa del artículo 659 del Código Civil portorriqueño establece: "...El fiduciario puede ser persona natural o jurídica..."

(85) Nos referimos a la Ley 8,875 de Argentina, llamada Ley de Debetures, artículos 14 y ss.; Ley Bancaria boliviana de 11 de julio de 1928, número 608, artículos 42 y ss.; Decreto-Ley 559 de 26 de septiembre de 1925,

Ley de Fideicomisos de El Salvador, de 13 de febrero de 1937⁸⁶ y al artículo 12 de la ley venezolana de Fideicomisos, de 1956,⁸⁷ que se han inspirado en este punto en nuestra legislación.

Creemos que constituye un acierto el confiar exclusivamente a las instituciones bancarias, expresamente autorizadas,⁸⁸ las operaciones fiduciarias, para que de esta manera se ejerza un control efectivo sobre la ejecución del fideicomiso, ya que en nuestro sistema legal, todas las operaciones bancarias están sometidas a la vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria, con lo cual se evitan operaciones que pueden resultar perjudiciales, tanto para los beneficiarios como para los terceros, e inclusive para el fisco;⁸⁹ y en los Estados Unidos se observa también la tendencia de atribuir a las instituciones bancarias (*trust corporations*), como lo advierte en un breve pero fundamental artículo, el distinguido tratadista norteamericano Austin W. SCOTT.⁹⁰

que estableció en Chile la Superintendencia de las empresas bancarias y de la legislación bancaria, artículos 50 y ss., etc. Cfr. GOLDSCHMIDT y EDER: *El fideicomiso (trust) en el derecho comparado (especialmente americano)*, cit., págs. 61 y ss.; ALFARO y PATTON: *El fideicomiso moderno* (III), cit., páginas 344 y ss.

⁸⁶Dicho artículo 13 dispone: "Sólo podrán ser fiduciarios los Bancos establecidos o que se establezcan con domicilio en el país, con personería jurídica y con facultad para ejercer dicho cargo que la ley les otorgue".

⁸⁷El artículo 12 mencionado, preceptúa: "Sólo podrán ser fiduciarios las instituciones bancarias y las empresas de seguros constituidas en el país, a las cuales conceda autorización para ello el Ejecutivo Nacional, por Resolución del Ministerio de Hacienda o de Fomento, respectivamente. Dicha autorización se regirá por las disposiciones pertinentes de la Ley de Bancos o por las que dicte el Ejecutivo Nacional para las empresas de seguros". Cfr. Roberto GOLDSCHMIDT: *El fideicomiso en la reciente legislación venezolana*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 29, mayo-agosto de 1957, págs. 20-22.

⁸⁸De acuerdo con el artículo 20 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, actualmente en vigor: "Para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requerirá autorización del Gobierno federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México..."

⁸⁹Para establecer una vigilancia más eficaz, la invocada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en su artículo 45, fracción IV, establece que la institución fiduciaria debe ejercer sus facultades a través, de funcionarios designados expresamente a tal efecto y cuyo nombramiento está sometido a un posible veto de la Comisión Nacional Bancaria, que puede exigir también su remoción.

⁹⁰*Cincuenta años del derecho de fideicomiso*, trad. de Julián Bernal Molina, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núms. 35-36, México, julio-diciembre de 1947, págs. 292 y ss. Cfr. también ALFARO y PATTON: *El fideicomiso moderno* (I), cit., págs. 160-161.

La exigencia de que las operaciones de fideicomiso tengan un carácter bancario en el derecho mexicano, plantea un problema de carácter secundario, pero muy importante, y es el relativo a la naturaleza mercantil de la institución, y que inclusive ha sido calificada de absolutamente mercantil por el tratadista mexicano Roberto L. MANTILLA MOLINA (91).

No existe duda, por tanto, de que las operaciones de fideicomiso deben estimarse como actos mercantiles, pero la duda surge en cuanto si su acto constitutivo puede considerarse como un acto de comercio (92) o si pueden también intervenir en dicho acto aspectos civiles o de otra índole; y esto lo observamos de acuerdo con el artículo 29 de la Ley venezolana de Fideicomiso, de 1956, inspirada en gran parte en las ideas del jurisconsulto Roberto GOLDSCHMIDT, quien expresa en la Exposición de Motivos de su Proyecto que desde el punto de vista de la jurisdicción, no se consideró decisivo el hecho de que el fiduciario sea siempre un banco (ya en el texto definitivo se agregaron las empresas de seguros), —circunstancia que, sin embargo, conserva su trascendencia en lo que concierne a las operaciones efectuadas por éste con terceros en ejecución del fideicomiso—, sino que se divide entre la civil y la mercantil, según que el fideicomitente al constituir el fideicomiso haya realizado o no un acto de comercio (93).

Para este efecto, resulta conveniente realizar una separación entre el acto constitutivo y la ejecución del fideicomiso, que son dos momentos diferentes, y por lo tanto, pueden asumir diversa naturaleza, como ya lo establecía KRIEGER VÁZQUEZ en su estudio sobre la institución (94) (en el cual, siguiendo en parte a Gustavo R. VELASCO quien estimó que el fideicomiso debía de considerarse más que una relación, como una *situación jurídica*) (95) distingue entre el acto constitutivo y la situación fiduciaria, afirmando que el primero no tiene forzosamente carácter mercantil, sino que su naturaleza puede variar considerablemente, en virtud de las múltiples modalidades con las cuales puede establecerse el propio fideicomiso.

Aunque el propio tratadista mexicano KRIEGER VÁZQUEZ se apoya en el carácter unilateral del acto constitutivo, que no es

(91) *Derecho mercantil*, 5.ª ed., México, 1959, págs. 61-62.

(92) Cfr. CERVANTES AHUMADA: *Títulos y operaciones de crédito*, cit. páginas 304-305

(93) *Proyecto de Ley de Fideicomiso con su Exposición de Motivos*, cit., páginas 28-29. *El fideicomiso en la reciente legislación venezolana*, cit., páginas 29-30.

(94) *Notas sobre el fideicomiso*, cit., págs. 54 y ss.

(95) *Estudio sobre los principios del trust anglosajón*, cit., págs. 298 y ss.

posible aceptar, porque en nuestro concepto, este acto puede también asumir carácter contractual en determinadas ocasiones, son correctas sus apreciaciones en cuanto a que la creación de la figura jurídica que nos ocupa es diversa de su ejecución, y por lo tanto, puede asumir diversa naturaleza, lo mismo civil, como cuando se instituye por testamento, en que sólo de manera forzada podríamos hablar de un acto de comercio, ni siquiera en forma condicionada o accesoria; ni tampoco cuando alguno de los órganos de poder público constituye un fideicomiso para realizar fines de interés público o social, y entre los muchos ejemplos que podríamos citar es el establecido con intervención del Banco Nacional de Crédito Ejidal, con el fondo nacional de fomento ejidal, según Decreto del Ejecutivo de 15 de abril de 1959, que indudablemente tiene carácter administrativo, en tanto que en otras ocasiones sí se presenta claramente la naturaleza mercantil del mismo acto de constitución, como ocurre frecuentemente tratándose del llamado fideicomiso de inversión (96).

Por el contrario, como en la realización del fideicomiso interviene forzosamente una institución bancaria, expresamente autorizada para realizar tales operaciones, según se expresó con anterioridad, resulta indudable, que las actividades de esta institución encaminadas a la ejecución del fin establecido en el acto constitutivo, debe reputarse como una actividad, situación u operación mercantil, de carácter absoluto, en los términos precisados por MANTILLA MOLINA (*ver nota 91*); además de que tanto el artículo 75, fracción XVI, del Código de Comercio, como el 10, segundo párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo disponen así de manera expresa.

Existen, además, otras características del fideicomiso mexicano que resultan accesorias, no para el estudio de la institución sustantiva, pero sí respecto de los problemas procesales que presenta, tales como el carácter expreso de su constitución (artículo 352 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito), la prohibición de los fideicomisos secretos (artículo 358, fracción I, del mismo ordenamiento); y de los otorgados en beneficio de diversas personas que sucesivamente deban sustituirse por muerte del anterior (mismo precepto, fracción II); la limitación de su duración a treinta años cuando se designe como beneficiario sea una persona jurídica (colectiva), siempre que no se trate de orden público o de beneficencia, o se trate del mantenimiento de

(96) Sobre esta última modalidad del fideicomiso puede consultarse a Octavio HERNÁNDEZ: *Derecho Bancario*, cit., tomo II, págs. 287 y ss.

museos de carácter científico o artístico sin fines de lucro (el propio artículo 359, fracción III), etc.

Con los elementos anteriores y reiterando nuestra afirmación de que no pretendemos realizar ninguna aportación a una materia tan explorada por distinguidos tratadistas mexicanos y extranjeros, sentaremos las bases esenciales, que nos sirvan de apoyo para abordar con alguna firmeza los aspectos procesales de la institución.

En tales condiciones nos atrevemos a describir (de ninguna manera a definir) el fideicomiso mexicano, como el negocio jurídico a través del cual el fideicomitente constituye, con toda clase de bienes y derechos, un patrimonio autónomo, que destina a fines lícitos y determinados, y cuya titularidad transmite a una institución fiduciaria para que ésta realice dichos fines queridos por el fideicomitente, o en su caso, por la autoridad judicial o la ley.

4. CUESTIONES DE COMPETENCIA: EL JUEZ DEL FIDEICOMISO

Mencionamos anteriormente (*supra* núm. 2), que la legislación mexicana consigna algunas disposiciones sobre la competencia judicial respecto a ciertas cuestiones que puede plantear el fideicomiso, pero que carece de reglas precisas y genéricas, para establecer —como si lo hace la Ley Venezolana de 1956— cuál es el juez del fideicomiso.

a) La primera regla de competencia contenida en el artículo 350, segundo párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se refiere al supuesto de un fideicomiso constituido por declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, y en el cual no hubiese designado a la institución fiduciaria que deba ejecutarlo, y en tal supuesto, se dispone que dicha institución podrá ser designada por el beneficiario, o en su defecto, *por el juez de primera instancia del lugar en que estuviesen ubicados los bienes*, entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

Aquí se contempla exclusivamente la hipótesis de un fideicomiso constituido preponderantemente con bienes inmuebles, que son los que podemos decir que tienen ubicación territorial, y por lo tanto, la regla competencial es muy incompleta, pues no comprende la posibilidad, cada vez más frecuente por el desarrollo económico del país, del patrimonio formado exclusivamente con bienes muebles, predominantemente volares, es decir, títulos de

especulación, de inversión o bonos del Estado, etc., que no pueden sujetarse a la regla de la ubicación territorial.

Y la situación se complica si el fideicomiso se ha constituido por herencia, que normalmente debería regirse por otros principios competenciales, con el objeto de no afectar la unidad del acervo hereditario, pues si bien es cierto que debe formarse un patrimonio autónomo con los bienes o derechos fideicometidos, esto sucede hasta que se efectúa la designación de herederos y la partición respectiva, y por ello es que el artículo 30, fracción I, de la invocada Ley de Fideicomisos de Venezuela, dispone que: "En caso de fideicomiso constituido por testamento, debe conocer de las cuestiones relativas el juez del lugar de la apertura de la sucesión" (97).

El proyecto del Código de Comercio tampoco resuelve el problema, ya que en el artículo 813, se establece que "Si no se hubiere hecho designación de fiduciario ni se hubiere establecido procedimiento para nombrarlo, o si por cualquier causa faltare, la designación será hecha por el fideicomisario, o, *si no lo hubiere, por el juez*".

Pero aun existiendo beneficiarios, cuando estos son varios y no se ponen de acuerdo en la designación de la institución a la que debe corresponder la titularidad del patrimonio fideicometido, es preciso acudir a una designación judicial, y, sin embargo, nada nos dice la ley vigente, y menos aún el proyecto mencionado.

Es posible seguir planteando problemas competenciales que no son resueltos por el legislador del fideicomiso, por lo que hay que recurrir a la legislación común para resolverlos, con los trastornos consiguientes.

b) Una segunda regla competencial se refiere a la ejecución del fideicomiso, cuando existan dos o más fideicomisarios, cuya voluntad deba consultarse en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso; y cuyas decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas; en caso de empate decidirá el *juez de primera instancia del*

(97) Al respecto, el artículo 156, fracción V, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, dispone que en los juicios hereditarios es competente el juez en cuya comprensión haya tenido su último domicilio el autor de la herencia; a falta de este domicilio lo será el de la ubicación de los bienes raíces que forman la herencia, y si estuvieren en varios distritos, el juez de cualquiera de ellos a prevención, y a falta de domicilio y bienes raíces, el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia, y una regla similar se contienen en el artículo 24, fracción VI, del Código Federal de Procedimientos Civiles.

lugar del domicilio del fiduciario (artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El proyecto de Código de Comercio al cual nos hemos estado refiriendo es más preciso en cuanto a la determinación de la votación de los beneficiarios que deben ser consultados, tanto si tuvieren la misma clase de derechos, o si fueren sucesivos o con diversa clase de derechos (artículo 822), pero tampoco resuelve el problema de la competencia, pues se refiere nuevamente, en abstracto, al juzgador (98).

c) Se repite nuevamente esta regla del juez de primera instancia del domicilio de la institución fiduciaria, para conocer sobre las causas de su renuncia o excusa para cumplir el fideicomiso (artículo 356 de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Como en ocasiones anteriores el proyecto de Código de Comercio no establece regla alguna de competencia para la misma situación de renuncia de la institución fiduciaria, calificada por el juez (art. 817) (99).

La regla general contenida en el artículo 30, fracción II, de la referida Ley venezolana de 1956, establece un criterio similar, al disponer que tratándose de fideicomiso constituido por acto entre vivos, toda cuestión debe encomendarse al juez del domicilio del fideicomitente en el momento de la constitución, salvo que éste hubiere elegido otro lugar para la administración de los bienes fideicometidos, en cuyo caso será competente el juez de este lugar, lo que equivale a determinar como criterio fundamental el del lugar en el cual se ejecuta el propio fideicomiso.

Fuera de estos principios específicos, la ley mexicana no adopta criterios generales para determinar el juez del fideicomiso y menos aún pretende dilucidarlos el proyecto de Comercio al cual nos hemos referido, dejando en el aire una serie de problemas de competencia que resulta necesario precisar con el fin de que pueda determinarse cuál es la autoridad judicial ante la que debe

(98) Este precepto dispone: "Art. 822. Cuando debieren ser consultados los fideicomisarios a quienes interese una decisión se aplicarán las siguientes reglas: I. Si tuvieren la misma clase de derechos, sus acuerdos se tomarán por mayoría de votos, computados por intereses, y en caso necesario *desempatará el juez*; II. Si fueren sucesivos o tuvieren diversas clases de derechos, en caso de que hubiere opiniones discrepantes *resolverá el juez cuál debe prevalecer*. En todo caso, el fiduciario tomará las medidas urgentes en interés del fideicomiso".

(99) Dicho artículo 817 del Proyecto está redactado de la siguiente manera: "El fiduciario sólo podrá renunciar su encargo por causa grave que el juez calificará".

acudirse cuando se plantea una cuestión relacionada con la constitución o cumplimiento de un fideicomiso.

En primer término, debería fijarse el juez competente para conocer las controversias que versen sobre la constitución del fideicomiso, pues ya expresamos nuestro criterio en el sentido de que este acto constitutivo puede asumir diversa naturaleza, según el medio que se emplee para conformarlo: declaración unilateral de voluntad, contrato civil o mercantil, decisión administrativa, etc., y por lo tanto, resulta dudoso a quién debe dirigirse aquel que plantee una cuestión, sea o no de naturaleza contenciosa, entre las cuales destaca la petición de nulidad (acción pauliana o revocatoria), que pueden ejercitar los acreedores del fideicomitente en los términos del párrafo tercero del artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que no tiene correspondencia con el proyecto del Código de Comercio (100).

Consideramos que la regla más conveniente sería la del juez del domicilio del fideicomitente en el supuesto de que no se hubiese comenzado a ejecutar el negocio y el de la ubicación de la institución fiduciaria que realiza las operaciones relativas; si dicha institución estuviese radicada en lugar diverso de la residencia del propio fideicomitente, o sea, una disposición similar a la del artículo 30, fracción II de la Ley venezolana de 1956.

Además, nada se dispone sobre el fideicomiso constituido por disposición testamentaria, ya sea que la sucesión se hubiese abierto en el país o en el extranjero, y que como hemos visto la propia Ley venezolana resuelve de manera muy precisa y conveniente, puesto que es suficiente determinar de acuerdo con las disposiciones del derecho procesal local (101), el juez competente para conocer de la sucesión para que el mismo juzgador decida sobre los problemas relativos al fideicomiso, y tratándose de una sucesión abierta en país extranjero, debe tomarse en considera-

(100) Esta disposición establece: "El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados..."

(101) En Venezuela no existe este problema, ya que no obstante que su sistema constitucional está estructurado en un régimen federal similar al nuestro, posee un sólo Código Procesal Civil con ámbito nacional, promulgado el 4 de julio de 1916; Cfr. Luis LORETO: *Estado actual del derecho procesal civil en Venezuela*, en "Revista de Derecho Procesal", año I (1943), Primera Parte, Buenos Aires, págs. 209-210; ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO: *Unificación de los Códigos Procesales, tanto civiles como penales*, en el volumen de las Actas de los "Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latino-Americanas de Derecho Procesal", México, 1960, pág. 266, nota 5.

ción el juez del lugar donde se encuentre la mayor parte de los bienes del fideicomitente que existan en el territorio nacional.

Consideramos que son aplicables a nuestro sistema jurídico las reglas precisas de competencia que fueron establecidas por el legislador venezolano de 1956, inspirándose en el magnífico proyecto de Roberto GOLDSCHMIDT, que por otra parte, a su vez, tomó muy en cuenta el fideicomiso mexicano en muchos otros aspectos (102).

d) Otro problema de competencia que se encuentra relacionado en cierta forma con el fideicomiso es el relativo al conocimiento de los conflictos de trabajo, que se pueden enderezar contra la institución fiduciaria como titular del patrimonio autónomo de los bienes fideicometidos.

En efecto, debe tomarse en consideración que según el artículo 45, fracción XIV, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, el personal que utilicen directamente las instituciones fiduciarias para la realización de fideicomisos no forman parte del personal de la institución sino que se considerarán *al servicio del patrimonio dado en fideicomiso*.

Por otra parte, el mismo precepto dispone que *las reclamaciones laborales de este personal se ejercerán contra la institución fiduciaria respectiva*, la cual, en caso de ser condenada por los tribunales laborales, debe cumplir el fallo, afectando en la medida que sea necesario los mismos bienes fideicometidos.

La redacción de la citada fracción del artículo 45 de la Ley Bancaria nos confirma en la idea de que el legislador mexicano acepta plenamente la idea del patrimonio autónomo, destinado a los fines del fideicomiso, pero al mismo tiempo otorga la titularidad de ese patrimonio a la institución fiduciaria, la cual puede ejercitar todos los derechos necesarios para la realización de los fines del propio fideicomiso, pero también responde de las obligaciones relacionadas con el patrimonio formado por bienes y derechos fideicometidos, responsabilidad que se hace valer en su contra, pero sólo en concepto de titular del referido patrimonio.

El precepto mencionado plantea dos problemas: el primero, respecto de su alcance en cuanto al personal que interviene en la ejecución del fideicomiso; y en segundo lugar, en relación con el Tribunal laboral que debe decidir los conflictos entre dicho personal y la institución fiduciaria.

(102) Proyecto de Ley de Fideicomiso, etc., cit., especialmente, págs. 28-29. *El fideicomiso en la reciente legislación venezolana*, cit., págs. 29-30.

Debido a los términos imprecisos en que está redactada la referida disposición, la Comisión Nacional Bancaria tuvo que precisar, en su acuerdo de 23 de septiembre de 1942, que los empleados y funcionarios dependientes de una institución fiduciaria que atiendan la totalidad de los fideicomisos manejados por ésta, sí pertenecen al personal de la institución y que sólo aquellos que trabajan al servicio de un solo negocio o empresa dados en fideicomiso, quedan excluidos de la categoría de empleados bancarios, y por tanto, se consideran como trabajadores del patrimonio fideicometido, aunque como hemos visto, deben hacer valer sus pretensiones en contra de la misma institución fiduciaria (103).

Si se trata de empleados bancarios al servicio de la fiduciaria, encargados en general de la totalidad de los fideicomisos que maneje, su relación de trabajo se encuentra reglamentada por un estatuto especial denominado "Reglamento de Trabajo de los Empleados de las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares", promulgado el 22 de diciembre de 1953, y la competencia para conocer de los conflictos entre dichos empleados bancarios y la institución respectiva, corresponde en primer término a la *Secretaría de Hacienda y Crédito Público por conducto de la Comisión Nacional Bancaria* (artículo 37 del citado Reglamento) ante la cual se sigue una tramitación, que el referido reglamento denomina "procedimiento administrativo de conciliación", pero que en realidad, constituye un procedimiento de arbitraje que concluye con un laudo (artículo 40 del repetido Reglamento) (104).

La segunda etapa para la resolución de esta clase de controversias en el supuesto de inconformidad de las partes con el laudo de la Comisión Nacional Bancaria, se sigue ante la *Junta Federal de Conciliación y Arbitraje*, a través de un verdadero proceso, no sólo porque así lo dispone expresamente el artículo 41 del Reglamento tantas veces citado, sino porque el caso queda comprendido dentro de lo previsto por la fracción XXXI del inciso A, del artículo 123 de la Constitución Federal, en relación con el 359, fracción XII, de la Ley Federal del Trabajo, ya que las instituciones bancarias son empresas que operan merced a una autorización del Gobierno Federal (105).

(103) Cfr. Octavio HERNÁNDEZ: *Derecho Bancario*, cit., tomo II, páginas 260-261.

(104) Cfr. H. FIX ZAMUDIO: *Panorama de los derechos procesal del trabajo y procesal burocrático en el ordenamiento mexicano*, en "Revista mexicana del trabajo", junio de 1965, pág. 17.

(105) Que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Ban-

En la segunda hipótesis, es decir, cuando se trata de personas al servicio del patrimonio fideicometido, especialmente cuando el mismo consiste en una negociación, el problema que se presenta respecto del Tribunal laboral competente, radica en que no poseyendo dicho personal la categoría de empleados de la fiduciaria, sino el carácter de trabajadores ordinarios, es claro que sus reclamaciones deben ser conocidas directamente por los tribunales laborales, pero como se enderezan sus peticiones respecto de la misma institución fiduciaria, como titular de la empresa fideicometida, la duda surge en cuanto a si siempre competen dichos conflictos a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje en virtud de que la institución demandada opera mediante una autorización del Gobierno Federal en los términos de los invocados artículos 123 constitucional, fracción XXXI del inciso A, y artículo 359, fracción XII, de la Ley Federal del Trabajo.

Aunque la doctrina no se ha ocupado de este problema, ni tenemos noticia que exista algún precedente jurisprudencial, nos atrevemos a opinar en el sentido de que independientemente de que la institución demandada sea la institución bancaria fiduciaria, la competencia del Tribunal laboral debe fijarse atendiendo al carácter local o federal de la empresa fideicometida, que según hemos visto constituye un patrimonio autónomo, con cuyos bienes va a responder la fiduciaria de lo resuelto por los tribunales que conozcan de la reclamación.

En consecuencia, si la negociación sometida a fideicomiso no pertenece a aquellas a las que se refieren los preceptos mencionados en los párrafos anteriores, el conflicto debe ser resuelto por las *Juntas Municipales de Conciliación y las Generales de Conciliación y Arbitraje*, y en supuesto de que se trate de una empresa de jurisdicción federal las controversias respectivas deben someterse a las *Juntas Federales de Conciliación y a la Federal de Conciliación y Arbitraje* (106), pero ya no en razón de que la parte demandada es una institución bancaria, sino precisamente debido a la naturaleza de la negociación fideicometida.

5. LEGISLACIÓN PROCESAL APLICABLE

Ni la doctrina ni la legislación del fideicomiso, han precisado en nuestro país la legislación procesal que debe aplicarse a las

caría y del Banco de México, según lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

(106) Cfr. FIX ZAMUDIO: *Panorama de los derechos procesal del trabajo*, etcétera., cit., págs. 13-14.

cuestiones que surjan en la constitución y en la realización de la referida institución.

Al respecto, debemos reiterar nuestra convicción en el sentido de que mientras el acto constitutivo del fideicomiso está sometido a diversas normas jurídicas sustantivas, en virtud de que puede asumir diversa naturaleza, por el contrario, la ejecución del mismo, que siempre corresponde a una institución bancaria, tiene el carácter de una operación o acto de comercio, y por tanto, está sujeta a la legislación mercantil correspondiente; y esta diferenciación en cuanto a las disposiciones sustantivas aplicables, evidentemente repercute en las normas instrumentales que regulan los aspectos procesales del propio fideicomiso.

Desde luego, podemos afirmar que no es posible resolver *a priori* y en abstracto el problema de las normas procesales aplicables a las cuestiones que surjan de la constitución del fideicomiso, sino que es necesario acudir a cada caso concreto para establecer, primeramente, la naturaleza del acto constitutivo correspondiente, para después determinar si la ley procesal a la que debe acudirse es el Código de Procedimientos Civiles local, el federal, el Código de Comercio, etc.

Pero, en cambio, como ya expresamos que las actividades que realiza la institución bancaria en ejecución del fideicomiso, deben reputarse actos de comercio, entonces las disposiciones instrumentales que son aplicables corresponden a aquellas que quedan subsistentes del libro V del Código de Comercio de 1889, todavía en vigor y que se refieren a los juicios mercantiles (107), pero siempre dentro de los lineamientos establecidos por el artículo 1.050 del propio Ordenamiento, es decir, cuando la parte demandada fuere la propia institución fiduciaria, o bien cuando para las dos partes el acto que motive la controversia deba estimarse comercial (108).

(107) El artículo 1.049 del aludido Código de Comercio establece que: "Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 40, 75 y 76 (y agregaríamos de las leyes mercantiles especiales) se deriven de los actos comerciales".

(108) El mencionado precepto dispone que: "Cuando conforme a los expresados artículos 40, 75 y 76 (y las demás de las leyes mercantiles especiales) de las dos partes que intervienen en un contrato, la una celebre un acto de comercio y la otra un acto puramente civil y ese contrato diere lugar a un litigio, la contienda se seguirá conforme a las prescripciones de este libro, si la parte que celebre el acto de comercio fuere la demandada. En caso contrario, esto es, cuando la parte demandada sea la que celebra un acto civil, la contienda se seguirá conforme a las leyes del derecho común".

De manera que si la institución bancaria ejerce un derecho del que es titular respecto de un deudor del patrimonio fideicometido, pero que no pueda considerarse como interviniente en un acto u operación comercial, debe acudir al enjuiciamiento que corresponda según la naturaleza de la conducta del propio deudor.

Lo que complica todavía más la situación es la disposición del artículo 1.051 del propio Código de Comercio, que considera como preferente el procedimiento convencional, y sólo a falta de convenio expreso entre las partes, se observarán las disposiciones procesales de dicho Código, y cuando existan lagunas en este último debe acudir supletoriamente a las leyes procesales locales respectivas (debe entenderse civiles).

A todo lo anterior debe agregarse que aun tratándose del enjuiciamiento mercantil, que debe considerarse como de carácter nacional en los términos del artículo 73, fracción X, de la Constitución Federal —según el cual corresponde al Congreso Federal legislar en toda la República en materia de comercio—, sin embargo, el mismo es objeto de una jurisdicción concurrente de acuerdo con lo establecido por la fracción I del artículo 104 constitucional, que admite que podrán conocer de las controversias sobre aplicación de leyes federales, además de los tribunales de la Federación, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorios y la realidad ha demostrado que tratándose de juicios de carácter mercantil el actor acude en la gran mayoría, si no es que en la totalidad de los casos, ante los jueces locales y no a los de carácter federal, habida cuenta que en última instancia, y a través del juicio de amparo llegarán de cualquier manera al conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tenemos así una situación verdaderamente anárquica en materia procesal comercial, que ha sido analizada con toda minuciosidad por el jurisconsulto español Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, quien ha hecho resaltar los innumerables inconvenientes del sistema del enjuiciamiento mercantil que actualmente nos rige, el cual, además, resulta ser una copia mutilada del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales de 1884, agravando los defectos de este último ordenamiento con la adopción preferente de un procedimiento convencional que sólo resulta justificable tratándose del arbitraje privado, pero no de un proceso jurisdiccional, que indudablemente posee un

carácter público y cuya tramitación no puede abandonarse a la voluntad de las partes.¹⁰⁹

Por otra parte, el enjuiciamiento mercantil mexicano independientemente de todo lo anterior ha quedado notoriamente anticuado por la época en que se integró, duplicando innecesariamente disposiciones del referido Código Procesal de 1884, y agregando otras que serían convenientes para el tiempo en que fueron adoptadas, pero que actualmente resultan ya superadas por los ordenamientos procesales modernos, inspirados en el procesalismo científico, que como hicimos notar con anterioridad (*supra número 2*), ha alcanzado un desarrollo que puede calificarse de sorprendente.

Como si lo antes dicho fuese poco, tratándose de quiebras, existe una ley especial, es decir, la de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1942, que derogó la parte relativa del Código de Comercio, que naturalmente posee su propio procedimiento, que deben seguir las partes en un fideicomiso cuando pretendan la separación de los bienes fideicometidos en el supuesto de la quiebra de alguna de ellas (siendo desde luego posible pero improbable la de la fiduciaria), pero tomando en cuenta, además, que el patrimonio fideicometido puede también incurrir en sí mismo en quiebra.¹¹⁰

No puede desenvolverse el fideicomiso mexicano, no obstante que se reglamente de manera adecuada si no cuenta con disposiciones procesales mediante las cuales puedan resolverse rápida y eficazmente las controversias surgidas tanto con motivo de su constitución, y con mayor razón, en las actividades que desarrollan las instituciones fiduciarias a las cuales tienen que presentárseles problemas procesales, tanto contenciosos como los de la llamada jurisdicción voluntaria, que requieren de una solución expedita, que no es posible lograr aplicando las disposiciones actualmente en vigor.

En efecto, ya sea que se acuda a los Códigos Procesales Civiles Locales -que en su gran mayoría siguen la pauta del Distrito y Territorios Federales de 1932, que también requiere de una reestructuración a fondo-;¹¹¹ o se aplique el procedi-

¹⁰⁹*Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano y conveniencia de su reabsorción por el civil*, cit., págs. 44 y ss.

¹¹⁰Cfr. RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ: *El fideicomiso y la separación en la quiebra*, cit., págs. 357 y ss.; Idem. *La separación de bienes en la quiebra*, cit., págs., 357 y ss.; Idem. *La separación de bienes en la quiebra*, cit., págs. 203 y ss.; BARRERA GRAF: *Naturaleza jurídica del fideicomiso, quiebra del fideicomisario*, cit., págs. 370-371.

¹¹¹El mismo procesalista ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, que tanto se ha preocupado por el derecho procesal mexicano en todos sus aspectos, ha

miento especial establecido en la ley de quiebras; o con mayor desventaja, tengan que hacerse valer las normas que regulan el enjuiciamiento mercantil previsto en el Libro V del Código de Comercio; las partes en el fideicomiso no encuentran un sistema procesal congruente, eficaz y expedito para la resolución de los problemas procesales que se les presenten, que cada vez serán más numerosos en cuanto la institución vaya alcanzando solidez en el derecho mexicano.

Esta situación no es privativa, evidentemente del fideicomiso, sino de todas las instituciones mercantiles modernas impuestas por el desarrollo de la actividad económica nacional, y por ello es cada vez más urgente que la doctrina de nuestro país, que tanto se ha preocupado por los aspectos sustantivos del fideicomiso, y consecuentemente, también el legislador, aborden y procuren resolver los problemas procesales de la institución, que superficialmente esbozamos en esta oportunidad, pero que merecen una mayor atención, que no es posible otorgarle en los límites de este pequeño trabajo, en el cual solamente pretendemos hacer resaltar la situación tan desfavorable del fideicomiso, por lo que a su ángulo instrumental se refiere.

6. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE CARÁCTER PROCESAL ATINENTES AL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

De todas las formas que en la práctica ha llegado a adquirir el fideicomiso mexicano, destaca aquella en que funciona como instrumento de garantía, puesto que sustituye con gran ventaja a los restantes contratos tanto civiles como mercantiles que tradicionalmente se han empleado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales, tales como la hipoteca, la prenda y el depósito; que si bien han sido objeto de una reestructuración con motivo del dinamismo económico de la vida moderna, no llegan a alcanzar la flexibilidad del fideicomiso, que los supera considerablemente, por la confianza y seguridad que a las

concluido su certero análisis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales de 1932, considerando que dicho ordenamiento cumplió hace tiempo su jornada y debe, en consecuencia, ser desplazado por uno que satisfaga en mayor medida las exigencias de la justicia, *Innovaciones operadas e influencia ejercida por el Código Procesal Civil de 1932 para el Distrito y Territorios Federales*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 48, octubre-diciembre de 1962, esp. págs. 601-602.

operaciones relativas produce la intervención de los bancos como empresas fiduciarias (112).

Al referirse al estado actual del fideicomiso en la práctica mexicana, el tratadista MOLINA PASQUEL, después de señalar sus ventajas frente a otros medios de garantía, afirma que "los llamados 'fideicomisos de garantía', en que las instituciones fiduciarias reciben en ese concepto bienes raíces que habrán de vender, son por hoy la forma recomendada por el Foro como la mejor manera de garantizar el cumplimiento de obligaciones patrimoniales" (113).

Pero precisamente por la ausencia de disposiciones procesales adecuadas, esta forma de fideicomiso ha planteado graves problemas, que inclusive dan lugar a prácticas viciadas, que a la larga pueden motivar su desaparición, no obstante las ventajas que ofrece, según hemos visto, frente a los restantes instrumentos de garantía.

En efecto, las instituciones fiduciarias, no habiendo encontrado un procedimiento eficaz para hacer efectiva la garantía que representa el patrimonio fideicometido, y de acuerdo con la práctica que se sigue en la redacción de los contratos en los cuales se constituye el patrimonio autónomo que debe responder de las obligaciones patrimoniales, realizan la venta de los bienes fideicometidos, con cuyo importe cubren al acreedor el monto de la deuda y regresan al deudor, el remanente, si es que existe.

Este procedimiento bancario puede realizarse sin tropiezos en tanto que el deudor no se oponga a la venta extrajudicial, pero se han presentado casos, cada vez más numerosos, en los cuales los fideicomitentes que han constituido la garantía, consideran que tienen defensas diversas de la comprobación del pago de la deuda, que hacer valer frente al acreedor beneficiario, y se produce una controversia que las instituciones bancarias no están facultadas para resolver, y como en varias ocasiones han pretendido seguir adelante con la venta de los bienes fideicometidos, el fideicomitente opositor se ve en la necesidad de acudir a los tribunales a solicitar la nulidad del contrato de fideicomiso, con los trastornos consiguientes.

Esta situación ha empezado a preocupar a nuestros tratadistas y los dos jurisconsultos que se han ocupado expresamente del problema Raúl CERVANTES AHUMADA (114) y Octavio HER-

(112) Cfr. Octavio HERNÁNDEZ: *Derecho Bancario*, tomo II, págs. 285-287.

(113) *Recepción, evolución y estado actual del fideicomiso en el derecho mexicano*, cit., págs. 55-56.

(114) *Titulos y operaciones de crédito*, cit., págs. 312-313.

NÁNDEZ (115), coinciden en señalar que las instituciones fiduciarias, dada nuestra estructura constitucional no pueden resolver los conflictos que se presentan con motivo de la venta de los bienes fideicometidos en garantía, y, que, por lo tanto, se requiere el establecimiento de un procedimiento judicial sumario previo a la subasta que el banco deba hacer del patrimonio fideicometido.

En efecto, de acuerdo con el derecho fundamental de audiencia contenido en nuestro artículo 14 constitucional, nadie puede ser privado de sus bienes sino mediante un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme leyes expedidas con anterioridad al hecho, lo que significa, en el supuesto que nos ocupa, que existiendo una controversia entre el fideicomitente y el fideicomisario sobre la ejecución del fideicomiso, no es la institución fiduciaria la que puede resolverla, sino que debe someterse ese litigio a los tribunales competentes para que mediante el "debido proceso legal", decidan dicho conflicto (116).

Ahora bien, si se acude al proceso común o al mercantil para resolver este género de controversias, pierde el fideicomiso de garantía toda su eficacia, pues aun el llamado "juicio sumario" que reglamentan los Códigos procesales civiles locales, siguiendo al del Distrito y Territorios Federales, es inadecuado por su lentitud para decidir rápida y eficazmente el conflicto.

Precisamente, el incremento de este tipo de fideicomiso radica en que, en principio, no se requiere acudir a procedimientos judiciales previos para la realización de los bienes fideicometidos, procedimientos necesarios respecto de los otros instrumentos de garantía.

Al respecto cabe advertir que la misma Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece un procedimiento judicial sumarísimo para la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada (artículo 341) (117), pero este procedimiento, que resulta eficaz tratándose de

(115) *Derecho Bancario*, cit., tomo II, págs. 286-287.

(116) Sobre el alcance del artículo 14 constitucional en cuanto a la llamada "garantía de audiencia". Cfr. Ignacio BURGOA: *Las garantías individuales*, 4.ª ed. México, 1965, págs. 469 y ss.

(117) El referido artículo 341 establece lo siguiente: "El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada. De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor y éste, en el término de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo. Si el deudor no se

valores, no es muy adecuado para la realización de bienes raíces, que son los que con mayor frecuencia se afectan en fideicomiso de garantía.

Por otra parte, de acuerdo con nuestro criterio personal, tenemos la convicción de que a diferencia del acreedor prendario, la institución fiduciaria no requiere de autorización judicial para la venta de los bienes fideicometidos, en virtud de que posee la titularidad del patrimonio de garantía, siempre que no se presente oposición del deudor, pero cuando el fideicomitente hace valer excepciones en contra de la venta de los bienes respectivos el asunto debe turnarse a la autoridad judicial para que resuelva rápidamente sobre la oposición.

Aquí volvemos a encontrar la necesidad, que ya es urgente, de crear normas procesales adecuadas para el fideicomiso, pues en el caso que nos ocupa sería factible establecer un procedimiento concentrado para conocer de la oposición del fideicomitente, y en el supuesto de que éste no justificara sus defensas, el juez podría autorizar a la institución fiduciaria para que, como titular de los bienes fideicometidos, siguiera adelante con la venta de los mismos, realizando el fin del fideicomiso de garantía.

Respecto de las ventas de los bienes fideicometidos para fines de garantía, también es preciso determinar un procedimiento administrativo para que, en beneficio, tanto del fideicomitente como del fideicomisario, tuviese intervención en la misma Comisión Nacional Bancaria de una manera más precisa que como la ejerce actualmente (arts. 160 y siguientes de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares); procedimiento administrativo que podría utilizarse para resolver en vía de arbitraje las inconformidades de las partes del fideicomiso, antes de acudir a la vía judicial, con ahorro de tiempo y de esfuerzo.

HECTOR FIX ZAMUDIO

Investigador del Instituto de Derecho Comparado de México y miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal.

opone a la venta en los términos dichos, el juez mandará que se efectúe al precio de cotización en bolsa, o a falta de cotización, al precio del mercado, y por medio de corredor o de dos comerciantes con establecimiento abierto en la plaza. En caso de notoria urgencia y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor. El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en la venta deberán extender un certificado de ella al acreedor. El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en sustitución de los bienes o títulos vendidos”.