

EFFECTOS PATRIMONIALES DEL DESTINO  
DE CIERTOS BIENES EN FIDEICOMISO,  
PARA REALIZACIÓN DE UN FIN, CON  
RESPECTO AL FIDUCIARIO Y AL FIDEICOMITENTE.  
TESIS DEL PATRIMONIO POR AFECTACIÓN,  
SIN SUJETO TITULAR DEL DOMINIO

Jorge Alfredo DOMÍNGUEZ

El tema realmente es uno de los aspectos medulares del fideicomiso. En torno a él giran muchas discusiones y la doctrina no se ha puesto de acuerdo. Hay opiniones encontradas y hay quienes están convencidos en uno o en otro sentidos. Tengo dos razonamientos o convicciones bien fijadas a propósito del fideicomiso:

Una, que se trata en su fase constitutiva de un acto unilateral, acompañado de otro acto contractual, que está en su fase ejecutiva, y que ambos actos se amalgaman en lo que es el instrumento con el que se presenta el fideicomiso para su dinámica. Y, la otra es que los bienes fideicomitados no salen del patrimonio del fideicomitente. Señalo esto con base en lo que establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; es decir, mis puntos de vista se fincan únicamente en la interpretación seria e integral de la Ley.

No hay figura en el derecho mexicano que esté dotada de tanta juridicidad, de tanta riqueza jurídica, de tanto conocimiento jurídico que el último capítulo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con sus 14 artículos. Esta

ley fue hecha con verdadera conciencia. Hay, tanto juridicidad como claridad.

Lo malo del caso es que la figura ha sido objeto de mucho manipuleo irreflexivo. Ha sido objeto de tantos abusos y de modificaciones impensadas que los conceptos vertidos, en la propia ley de títulos, se han ido trastocando.

Por ejemplo, se recordará la disposición según la cual pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos. La disposición es congruente y respetuosa con la teoría general del contrato; en cuanto al objeto de los contratos, “Pueden ser objeto de los contratos —señala el 1825 de nuestro Código Civil— la cosa que el obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer”. Se muestra un respeto de la terminología de esta ley especial a la terminología jurídica general.

Vemos disposiciones que han venido desde la Ley Reglamentaria de Servicio Público, de Banca y Crédito, y ahora en la Ley de Instituciones de Crédito que utilizan la palabra objeto en el sentido de fideicomisos que tienen por objeto garantizar obligaciones al fideicomiso de garantía. Es decir, utilizan el término objeto con un significado distinto al que realmente tiene en su origen. Así mis comentarios serán con estricto apego a lo que la ley de títulos establece.

Hace unos días tuve en mis manos una posible reforma a la Ley de Títulos para incluir un fideicomiso de garantía que trastoca completamente en su encabezado lo que es la figura; pero sin ninguna necesidad se pretende modificar la ley; en esas condiciones quiero hacer algunas salvedades y algunas advertencias.

En primer lugar, en mi concepto no hay diferencia alguna —porque no se desprende de la ley— entre el fideicomiso ordinario, el fideicomiso genuino, y el llamado fideicomiso público, de no ser las modificaciones que en sí mismas traen las leyes aplicables, en el sentido de que siempre deberá haber un comité técnico, que el delegado fiduciario será nom-

brado por el Ejecutivo, etcétera. Se trata de la misma figura, son derivaciones el llamado fideicomiso público, fideicomiso común, y fideicomiso ordinario.

Por lo que se refiere a la unilateralidad del fideicomiso en su fase constitutiva, me permito señalar lo establecido en tres o cuatro disposiciones de nuestra Ley de Títulos, en primer lugar, partiendo del concepto mismo del fideicomiso: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado”. Ahí está la parte constitutiva del fideicomiso: en el destino de los bienes. Lo que está haciendo nuestra Ley de Títulos es reconocerle legalidad y juridicidad, inclusive con efectos reales, al destino de los bienes. En el fondo y en la vida diaria todos destinamos nuestros bienes a algo: muchos llegamos aquí en un vehículo automotor.

Hay destinos más jurídicos, como es el que los frutos que produce un edificio se destinen a tal o cual satisfacción de necesidades, etcétera; pero ese destino no es oponible a terceros; ese destino no hace que los bienes tengan un tratamiento legal especial. En cambio, el destino que se da por el fideicomiso sí es un destino no sólo aceptado y permitido por la ley, sino protegido por la ley.

Así como hay efectos traslativos, como hay efectos reales en general, dentro de esos efectos reales está, por la Ley de Títulos, el que se le reconozca plena juridicidad y legalidad al destino de bienes.

Hay figuras afines, como es el caso del patrimonio de la familia. Y, curiosamente, tanto en el Código Civil como en la Ley de Títulos se utiliza el mismo calificativo: es una afectación, los bienes afectos al patrimonio de la familia, los bienes afectos en el fideicomiso, etcétera.

Nuestra Ley de Títulos no se refiere a transmisión de propiedad, sino a afectación y a destino. Como en este precepto está también, en la parte medular de este punto de vista, el artículo 350 en varios de sus párrafos, como es el hecho de

que “en caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente institución fiduciaria”. El fideicomiso puede constituirse no sólo sin que participe en un supuesto contrato, sino inclusive, sin que se hubiere designado nominalmente institución fiduciaria.

En otro de los mismos pasajes del artículo 350; “Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte...”; es decir, se está dando por supuesta una regulación a la no aceptación de la fiduciaria, pero hecha excepción de lo que expresamente está establecido en el acto constitutivo del fideicomiso; es decir, la aceptación de la fiduciaria es un acto posterior al de la constitución del fideicomiso. “Y si no hay fiduciaria que acepte —señala en su última parte este precepto— cesará el fideicomiso”. Sólo puede cesar lo que existe. Lo mismo en el artículo 352, y se explica el por qué: por que es la mentalidad en el creador de la figura del fideicomiso mexicano: “El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento”. Qué gran oportunidad tuvo la comisión redactora, concretamente don Pablo Macedo, para señalar que: “El fideicomiso puede constituirse por contrato o por testamento”. No: “por acto entre vivos”.

Y eso, sólo para distinguir que al ser por acto entre vivos, es decir que surte efectos al momento de la constitución, independientemente de la muerte o de la vida de alguien, o por testamento, que es el único instrumento voluntario en nuestro sistema legal o respecto de actos, por causa de muerte, de actos *mortis causa*.

Entonces, de estas disposiciones, lo que esté fuera de ellas es trastocarlas. Claro, llegamos, lo planteamos a la institución fiduciaria; ésta lo modela, interviene el notario y todo lo que sea, y aparece en un solo instrumento.

Pero eso no quiere decir que no podamos distinguir desde un punto de vista científico, haciendo una disección de lo que es el acto o los actos que participan en ello, y deducir de ahí

que se trata de dos actos que se amalgaman, resultando uno. Nada impide, en un instrumento notarial con más frecuencia, que en un solo instrumento se contengan varios actos: se presentan inventarios, se adjudican los bienes, se constituye una hipoteca, se cancela otra, etcétera. Y todo eso está en un solo instrumento. Y, sin embargo, son actos distintos e inclusive hay una sola firma. Pero eso no tiene que ver con lo que es la separación, la identidad independiente, de cada acto jurídico.

Como acto unilateral, jurídico, el fideicomiso es un acto dispositivo; un acto por el que el fideicomitente destina, dispone. Es muy parecido al testamento. El testamento es el acto jurídico, unilateral, solemne, irrevocable, por el que una persona dispone de sus bienes para después de su muerte. Por virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes. No hay diferencia, ese destino son efectos reales; el fideicomitente no se obliga a destinar. Hay que distinguir los contratos o los actos jurídicos con efectos reales, de los actos jurídicos con efectos obligacionales. No sería lo mismo si el fideicomitente se obligara a destinar, a que el fideicomitente destine. Porque entonces sí estaría la fiduciaria, como acreedor del fideicomitente, en posibilidad para exigirle el destino. Eso no se ha visto.

El destino es un acto previo a la encomienda, a la que se alude en la parte complementaria del artículo 346. Recuerden ustedes: “Por virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fidisto indeterminado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”. Encomienda, que ahí sí está el contrato, parecido al mandato.

La definición del mandato es: “Por virtud del mandato, el mandatario se obliga a realizar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga”. En el fideicomiso hay una encomienda; en el mandato hay un encargo. Y si vemos el *Diccionario de la Lengua*, encomienda y encargo son sinónimos. De acuerdo con el idioma legal, el idioma de la ley, que es terminología que proviene del idioma común, del cas-

tellano, así como es acto dispositivo, también es un acto de disposición; es decir, un acto de dominio. Pero no porque sea acto de dominio quiere decir que sea acto traslativo de dominio. Porque hay infinidad de actos de dominio que no son traslativos de dominio.

El acto de dominio no sólo implica la enajenación, la disminución en el activo del patrimonio; también implica ponerlo en riesgo, como se da con la hipoteca, por ejemplo. La hipoteca es un acto de dominio, y no por eso vamos a decir que es un acto traslativo de dominio. El comodato es un acto de dominio. Ahí habría la privación simplemente del uso, y no hay transmisión de propiedad del bien, sino simplemente la desposesión o la pérdida que tiene del uso que transmite gratuitamente el comodante. De ello participa el fideicomiso. Es un acto dispositivo y acto de dominio, pero no es un acto traslativo de dominio.

Dentro de las disposiciones que han dado lugar a pensar que la fiduciaria adquiere la propiedad, está la continuación del artículo 352, en el sentido de que “el fideicomiso podrá constituirse por acto entre vivos o por testamento”, en el sentido también de que se requiere para su otorgamiento la forma escrita y, además, satisfacer los requisitos que el derecho común señala para los actos traslativos de dominio.

Pero, eso no quiere decir que en este caso lo sea. Simplemente está señalando que deberá registrarse por las mismas disposiciones. Lo mismo sucede con la hipoteca: sólo puede hipotecar el que puede vender, y sólo se puede hipotecar lo que se puede vender. Pero, nadie ha pensado que en la hipoteca hay un acto traslativo de dominio.

Es cierto, la situación del derecho de propiedad del fideicomiso ha andado dando vueltas, como si fuera una pelota en una mesa de billar: lo mismo va a dar para un lado, que para otro, y se opina, se dice, se contradice, etcétera. Sobran opiniones: hasta que el fideicomisario, si no es que llega a ser

propietario, tiene derechos reales sobre los bienes fideicomitidos, lo cual en mi concepto es inexacto.

El fideicomisario —según la Ley de Títulos—, en el artículo 356, además de los derechos que se le den en acto constitutivo, “tendrá el derecho de exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso”. Es una relación meramente obligacional. El fideicomisario es un acreedor frente a la institución fiduciaria.

El derecho de crédito es la relación jurídica por la que el acreedor puede exigir del deudor. El fideicomiso entre fideicomisario y fiduciaria: “Relación jurídica por la que el fideicomisario puede exigir de la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso”. Tiene otros derechos, pero ninguno autoriza para pensar que el fideicomiso genere para el fideicomisario derechos reales. En un caso se establece que el fideicomisario, en última instancia, tendrá derecho de reivindicar bienes fideicomitidos.

Quizá sea una de dos, si acaso, de las inexactitudes de la Ley: el fideicomisario no puede reivindicar los bienes fideicomitidos. ¿Por qué? Porque la acción que ejercita no sería una acción reivindicatoria, porque no es propietario de los bienes. Se presenta la disyuntiva, y se llega a la conclusión de que en realidad no se trata más que de una acción repositoria para que los bienes regresen al patrimonio del fideicomiso.

Por una razón muy sencilla: porque, inclusive, dentro de los fines del fideicomiso puede estar el que el fideicomisario no adquiera la propiedad de los bienes fideicomitidos.

Entonces, mal sería —no obstante no tener dentro de los beneficios que le representa el fideicomiso al fideicomisario el que adquiera la propiedad, que la fiduciaria le transmite propiedad de los bienes fideicomitidos— que ejercitara una acción reivindicatoria. Se consideró, por don Roberto Molina Pasquel, que se trata de la modalidad de la acción pauliana.

Nos quedamos con tres paquetes, porque no sólo se ha dicho algo sobre el fideicomisario; otro paquete: el que el fideicomiso da lugar a la constitución de patrimonio sin sujeto, de patrimonio autónomo, llamado patrimonio separado o patrimonio independiente. Esta es una idea que en el contexto mundial, como ya desde 1950 —no para el fideicomiso, sino en general para la figura del patrimonio autónomo, sin sujeto— don José Castán Tobeñas, en España, dice: “Se trata de una figura actualmente sin valor científico”. Se trató, floreció el siglo pasado; tiene su origen en la Teoría de la Ficción, de Savigni, para personas morales.

Por eso, en los artículos por los que se constituye un organismo descentralizado que está investido de personalidad jurídica y patrimonio propios; se hizo destacar la idea de que lo que importa son los bienes, que las personas no necesariamente tienen que participar; es decir, el aspecto económico, el aspecto de riqueza, de lo jurídico. Pero es algo totalmente superado.

Nuestro código civil tiene como fundamento, en la parte relativa a las personas morales, los puntos de vista de don Francesco Ferrara, de principios de siglo. Desde entonces, también Ferrara elimina todo lo que es patrimonio sin sujeto.

El maestro García Máynez hace el razonamiento en el sentido de que, forzosamente, todo patrimonio necesita tener un titular. Así, como no puede haber obligación sin obligado, no puede haber derecho sin derechohabientes, de ahí se concluye que no puede haber patrimonio que no tenga sujeto.

Cuando la ley lo señale, habrá que aceptar la aberración de la ley. Pero, creo que lo que dio lugar a la figura del patrimonio sin sujeto, eran situaciones accidentales, como fue, por ejemplo, la herencia adyacente, que transitoriamente no se sabe a quién demandar: si al heredero, al albacea, o a la sucesión, etcétera, son situaciones que deben corregirse.

¿Cómo es posible que se adopte ese punto de vista para un acto totalmente voluntario, como es el fideicomiso? Hay ejecu-

toria de la Corte en ese sentido. En nuestro medio han sido dos o tres autores que lo han señalado, y su punto de vista se limita a señalar que se trata de un patrimonio en el que no hay titular.

Nos quedan dos: la fiduciaria, como receptiva del derecho de propiedad de los bienes fideicomitidos. Es frecuente en los documentos donde constan los fideicomisos que el fideicomitente transmite a veces la propiedad fiduciaria a la institución fiduciaria, y ésta la adquiere y acepta el cargo, etcétera, que pasan sin ninguna reserva. En fin, ha habido disposiciones legales, fiscales, por ejemplo, en las que hacen distinciones de aquellos fideicomisos en los que hay transmisión de propiedad a la fiduciaria, de otros fideicomisos en los que no hay transmisión de propiedad a la fiduciaria.

En el fondo, no hay distinción en los fideicomisos por la etiqueta que les ha puesto la práctica, de fideicomiso traslativo de dominio, fideicomiso de garantía, fideicomiso de administración. Eso no es más que una mera etiqueta que se refiere a los fines del fideicomiso; no a la situación jurídica que guardan los bienes.

No quiere decir que en el fideicomiso traslativo de dominio la fiduciaria adquiera la propiedad, se le transmita el dominio, y en los otros no. Un fideicomiso traslativo de dominio es porque tiene fines, en el sentido de que ulteriormente la fiduciaria transmitirá la propiedad al fideicomisario o a quien se le designe, etcétera. Un fideicomiso de garantía: la fiduciaria garantiza con los bienes una obligación principal. Y así, sucesivamente.

“¿Cómo es que no adquiere la fiduciaria la propiedad, si la transmite?”. Pues igual el mandatario: el mandatario no adquiere la propiedad y la transmite. Entonces, no es un razonamiento. Nuestra Ley de Títulos, en ningún momento, del artículo 346 al artículo 358 o 359, se refiere a transmisión de propiedad. Ni tampoco hay artículo que autorice a pensar que hay tal transmisión. Nuestra Ley de Títulos únicamente alude a “destino y afectación de bienes”. Además, es congruen-

te en su articulado, en el sentido de que en este caso el fideicomitente destina, pero sin perder la propiedad.

El artículo 349 menciona que “sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes —no la transmisión de propiedad— que el fideicomiso implica”. Inclusive, en el Código Civil, por ahí del 2902, en un caso de subrogación real, cuando la finca hipotecada sufre un siniestro y está asegurada, el importe del seguro queda afecto al cumplimiento de la obligación. Pero eso no quiere decir que, por quedar afecto, ya el acreedor hipotecario va a adquirir la propiedad del importe del seguro; queda destinado por efectos de ley a ese fin.

Eso significa afectación: destinar un conjunto de bienes a un determinado fin de interés, con interés de tercero. Así está en el *Diccionario de la Lengua*. Otra disposición que hace descartar esa posibilidad de transmisión de propiedad a la institución fiduciaria, es una de las causas de extinción: el fideicomiso se extingue por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

¿Y dónde se quedó la propiedad de la institución fiduciaria? No se le toma en cuenta para la extinción del fideicomiso, en el buen sentido. La institución fiduciaria es una encomendera, recibe una encomienda y la debe cumplir *como un buen padre de familia*. Antecedente directo el Código Civil español, se le ve en todos los casos en que utiliza la fórmula, y curiosamente usa la fórmula en arrendamiento, en comodato, en depósito, en mandato, en usufructo; en todos aquellos casos en que ese buen padre de familia no adquiere la propiedad del bien, sino que se trata de bienes ajenos.

Proviene desde el derecho romano, y precisamente es el patrimonio de la familia que le corresponde administrarlo. Recuerden ustedes que otro antecedente de esta fórmula dentro de nuestro sistema legal está en el Código Civil de 1884

para el usufructo. Un buen padre de familia es un administrador de bienes ajenos.

Por una cualidad del derecho de propiedad que ejercemos sobre lo que nos pertenece, destinamos nuestros bienes a fines lícitos o ilícitos; pero la ley no protege ese destino que nosotros damos. A nuestros acreedores no podemos oponerle el destino que nosotros damos; en cambio en el fideicomiso sí hay esa protección.

Pero no sólo es una protección para el fideicomitente, sino que también el fideicomitente debe obrar con toda seriedad; porque recuerden ustedes que el fideicomiso debe tener como cláusula natural su irrevocabilidad; que el fideicomiso que se constituye sin reserva expresa de revocarse, es irrevocable. Un fideicomisario debe de estar tranquilo en cuanto a su intervención en un negocio que tiene interés, por esa irrevocabilidad.

En suma, el fideicomitente conserva la propiedad de los bienes fideicomitados, y éstos —los bienes que se den en fideicomiso—, por disposición legal, “se considerarán afectos al fin al que se destinan, y en consecuencia —dice nuestra Ley—, sólo podrán ejercitarse los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran”.

La protección es: “bienes fideicomitados no pueden ser objeto de acto jurídico que no sea el encaminado a conseguir los fines del fideicomiso”.

¿Cuál es la situación de la fiduciaria? Tiene la titularidad de esos bienes, porque hay otra disposición de que la institución fiduciaria podrá ejercitar, respecto de los bienes que se le den en fideicomiso, “todos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran”; la misma terminología en los dos preceptos.