

COMPRAVENTA Y TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD: ENSAYO EN BUSCA DE UNA AUTÉNTICA “OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD”

Matías Pérez García



HOMENAJE E INTRODUCCIÓN

Una de las habilidades más agudas y envidiadas de Bernardo Pérez Fernández del Castillo es la expresión en forma simple, de cosas infinitamente complejas. Bernardo es capaz de interrumpir sonriente a cualquiera, en medio de una explicación de una compleja problemática de derecho civil o notarial, para hacerle saber que ya la ha comprendido y que la solución no tiene que ser tan compleja como el planteamiento del problema. La simplicidad de sus razonamientos y explicaciones pueden hacer incluso dudar de su certeza.

Estamos mal acostumbrados a la elegancia de lo rimbombante y de lo barroco. Con el tiempo siempre ha convencido a sus maestros, colegas y alumnos, de la contundencia de sus argumentos, por más simples que estos sean.

Incuestionable pilar de la ética en el notariado mexicano, Bernardo Pérez tiene múltiples aportes al derecho civil y a la práctica notarial. Nadie como él defendió en su momento la idea de la tramitación de la sucesión intestada ante notario. Si no hay intereses de orden público en juego, como por ejemplo, menores de edad o incapaces, y todos los sujetos de la sucesión están de acuerdo en reconocer la calidad de heredero del otro y en la forma de repartirse los bienes, ¿para qué cargar a los tribunales con un trabajo que no es el de juzgar? Decían los detractores que el notario no tiene la facultad de apreciación de las pruebas del entroncamiento entre los aspirantes a la herencia, y el autor de la misma. Que el notario no tenía la posibilidad legal ni la experiencia para calificar las respuestas de los testigos sobre la ausencia de personas con igual o mejor derecho para heredar, etc. Hoy nadie cuestiona las ventajas de la tramitación de los intestados ante el notario.

Bernardo fue uno de los más vehementes punteros en la defensa del poder irrevocable como medio para un eventual pago de obligaciones en favor del acreedor y de la posibilidad de que, en este tipo de poderes que se otorgan en interés y protección del apoderado y no del poderdante, aquel pueda contratar consigo mismo sin que sea aplicable la prohibición del art. 2280 fracción II del Código Civil, siempre que expresamente se le autorice al apoderado a contratar consigo mismo, y que de la economía general de la operación se aprecie claramente que se trata de un instrumento otorgado en interés del apoderado y no del poderdante.

Liberal en estos aspectos de la práctica del Derecho Civil, Bernardo Pérez es en cambio profundamente conservador¹ en otros. Su defensa a ultranza de la familia como valor supremo de la estabilidad social y de la educación, lo lleva necesariamente a ser opositor, no de las nuevas formas de la familia, sino de su asimilación e identificación con los recipientes u hormas jurídicas tradicionales que son incompatibles, según él, con las nuevas figuras que emergen en la vertiginosa evolución de la sociedad. Lo paradójico y al mismo tiempo genial, es que nuestro maestro con sus ideas conservadoras y su oposición a que las uniones del mismo sexo se llamen matrimonios, es ciertamente incapaz de discriminación ni de homofobia. Difícilmente se encuentran notarios en el Distrito Federal que hayan sabido hacer implacable abstracción de sus opiniones personales en su ejercicio profesional. Lo que quiero decir es que tiene la entereza ética para asumir y luchar por sus convicciones personales y para, al mismo tiempo, asumirse como notario por entero, cumplir con amor su deber profesional y escuchar, asesorar y trabajar para cualquier persona, independientemente de cualquier consideración de su persona, como su religión o preferencia sexual. En eso consiste la ética de un profesionista. La coherencia ética no consiste en llevar nuestras convicciones personales al extremo en todos los aspectos de la vida aunque tengamos que torcer nuestros deberes profesionales. La coherencia ética es llevar la vida personal que consideramos correcta de acuerdo con nuestras convicciones personales, y al mismo tiempo cumplir sin vacilación las reglas cuyo contenido ético hacen de la profesión de abogado y de notario, una actividad tan noble, que nos lleva a ejercerla con toda intensidad; ese notario, profesor, jurista y persona, es Bernardo Pérez Fernández del Castillo. ¿Y qué tiene que ver este homenaje con el tema que desarrollamos a continuación? Justamente la intensidad de las discusiones que un aprendiz como yo, ha tenido a lo largo de más de veinte años de trabajar con él.

¹ Por *conservador* entiéndase un sujeto que libremente prefiere para sí lo ya establecido por la cultura y la sociedad en la que se desenvolvió y se crió, y no un sujeto intolerante o vetusto en sus ideas.

Convivencia esta, no exenta de diferendos que la hacen, desde luego, más rica y fascinante.

La problemática de saber si la transmisión de la propiedad es un mero efecto del contrato, o una obligación que debe cumplirse por el deudor, es una de las más interesantes discusiones que he tenido con él. He aquí el desarrollo que he preparado como un homenaje, con la correspondiente pretensión frustrada de la simplicidad de la que el maestro homenajeado goza para exponer sus posiciones técnico-jurídicas.

Cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el otro a su vez se obliga a pagar por ella un precio cierto y en dinero, hay compraventa. Lo dice el art. 2248 del Código Civil;² es derecho positivo y punto final. El vendedor queda obligado, es decir, constreñido al cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas, a transmitir la propiedad al comprador. Lo ideal es que cumpla con esas obligaciones, y si no lo hace; si decide no cumplir, la propiedad no se transmitirá al comprador y este podrá optar por demandar la rescisión del contrato, o su cumplimiento forzado, es decir, que el juez fuerce al vendedor a cumplir con su obligación haciendo que transmita la propiedad de la cosa vendida al comprador. Tal sería la consecuencia del art. 2248 del Código Civil. Además, esto es congruente con el art. 2011 que abre el capítulo relativo a las obligaciones de dar, y nos dice: *La prestación de cosa puede consistir: I. En la traslación de dominio de cosa cierta*. El sistema parece ser perfectamente coherente. Sin embargo, en el preciso momento en que este mecanismo pareciera ser perfecto, se abre un abismo y nada parece marchar bien. ¿Cómo es que se cumple una obligación de transmitir la propiedad?, es decir, una vez perfeccionada la venta ¿qué debe hacer el vendedor para transmitir la propiedad al comprador? Es más difícil responder esta pregunta, que explicar científicamente la existencia de naves marcianas o de fantasmas.³

Lo normal para alguien que no es jurista es que la propiedad se transmite con la entrega de la cosa vendida. Eso creeríamos intuitivamente que sucede en una gran mayoría de las ventas no solo de cosas muebles, sino de inmuebles y derechos consignados en títulos. Es más, la historia muestra que así ocurría al menos en occidente hasta mediados del siglo XVIII. Y así sigue ocurriendo en España⁴ y en Argentina.⁵ Es entonces cuando revisamos

² Por razones prácticas utilizaremos Código Civil simplemente para referirnos al Código Civil mexicano (al federal y del Distrito Federal) y *Código Napoleón* para hablar del francés.

³ Más adelante analizaremos la ficción a la que el legislador francés tuvo que recurrir para dar razón a la *obligation de donner* u obligación de dar.

⁴ Arts. 609 y 1095 del Código Civil español.

⁵ Arts. 577 y 3265 del Código Civil argentino.

nuestro Código y nos percatamos de que ni en el capítulo de la compraventa, ni en el capítulo de la posesión, ni en el de la propiedad, ni en la parte que habla del cumplimiento forzado de las obligaciones, y menos en el capítulo de las obligaciones de dar, se explica la acción o actividad que el deudor debe realizar para que opere la transmisión de propiedad. Muy al contrario, en este último capítulo un artículo 2014 nos termina de confundir diciendo que *en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato sin dependencia de tradición...* lo cual elimina de plano a la *traditio* como medio para cumplir con la obligación de transmitir la propiedad, salvo el caso en que las partes hayan pactado esa modalidad, lo cual es raro, si no inexistente en la práctica, al menos del derecho civil.⁶ Además, el art. 2283 del Código Civil, que establece las obligaciones del vendedor, no menciona la obligación de transmitir la propiedad, sino tan sólo las obligaciones de entrega de la cosa, de garantía de calidad y de saneamiento en caso de evicción.

El derecho civil francés tiene la misma problemática planteada en el art. 1138 del Código Napoleón de la siguiente manera: *La obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes. Esta obligación vuelve al acreedor propietario...* Es decir que desde el momento en que, por el solo consentimiento de las partes, nace la obligación de entrega, el acreedor de la obligación se convierte en dueño. Aquí se teje una cadena que pierde utilidad práctica desde que nace. El consentimiento de las partes crea —y perfecciona— la obligación de entrega de la cosa, que a su vez desde ese preciso momento en que nace, transmite la propiedad al acreedor. La diferencia es que el Código Napoleón, tal cual está redactado crea un eslabón intermedio entre el acuerdo de voluntades y la transmisión de la propiedad. De la simultaneidad de los tres eslabones resulta entonces que la propiedad se transmite en el momento mismo del intercambio de voluntades, exactamente como en el derecho mexicano. En este tema, como en muchos otros, nuestro código se inspiró del Código Napoleón a través del código portugués (art. 715), del que se inspiraron los códigos mexicanos de 1870 (art. 1552) y de 1884 (art. 1436).⁷

Para resolver este problema que consiste en la existencia de una obligación de transmitir la propiedad proclamada por el art. 2248, es necesario intentar explicar por cualquier medio, cuál es la actividad que debe realizar

⁶ Es sabido que en materia mercantil, la transmisión de ciertos títulos valor se verifica con la entrega del título.

⁷ BATIZA, Rodolfo, *Las Fuentes del Código Civil de 1981*, 1a. ed., México, Porrúa, 1979, p. 900.

el deudor de la obligación de transmitir la propiedad para cumplir con ese deber (I) Una vez agotado ese esfuerzo, hay que poner a prueba la premisa según la cual la transmisión de la propiedad no es nunca una obligación, sino un efecto *solo consensu* del contrato de compraventa (II).

I. NO HAY NADA QUE HACER PARA TRANSMITIR LA PROPIEDAD

Antes de explicar que la transmisión de la propiedad no puede no cumplirse *ipso iure* (2), es necesario explicar la lógica de la obligación civil en general (1).

1. LA NATURALEZA FALIBLE DE LA OBLIGACIÓN Y SU LÓGICA

La obligación, ese nexo que constriñe a un deudor a dar, hacer o no hacer algo en favor del acreedor, tiene por vocación moral —y jurídica— la actividad del deudor para satisfacer ese dar, hacer o no hacer. Sin embargo, se trata de una vocación contingente, es decir, falible. Esta falibilidad es también parte de la esencia de la obligación, desde el momento en que depende de la actividad de un ser falible como el hombre. En efecto, las obligaciones no se cumplen por arte de magia. El deudor debe desplegar una determinada actividad para lograr que el contenido de la obligación se cumpla. Puede cumplirse y satisfacer el derecho del acreedor y las expectativas del aparato normativo, pero puede ser que el deudor, por cualquier razón falle en el cumplimiento de su obligación, caso en el cual, se desencadenarán todas las consecuencias del incumplimiento como son, la opción del acreedor para exigir el cumplimiento forzoso en especie o por equivalente, o la rescisión del contrato, mas los daños y perjuicios (Art. 1949 del Código mexicano)⁸, o la *exceptio non adimpleti contractus*, etc. Si bien, al final de un largo camino judicial, el aparato coercitivo estatal logrará el cumplimiento de la obligación de una u otra forma, y es posible que el acreedor tenga que conformarse con una ejecución equivalente, es decir, con el pago de una suma de dinero, por tratarse de una obligación de hacer o de no hacer, o porque la cosa se haya perdido en poder del deudor, es la voluntad

⁸ En Francia, el cumplimiento forzado de las obligaciones contractuales se estudia y encuentra su fundamento en el derecho procesal. La ejecución forzada es la consecuencia de una sentencia, luego, es regulada por la *procedure civile* como una cuestión de medios de apremio.

del deudor, la que va a determinar si se cumple o no la obligación tal y como estaba previsto que debía cumplirse, es decir, en el momento y en el lugar pactados en el contrato.

Ahora bien, cuando el deudor tiene a su cargo una “obligación” cuyo cumplimiento no depende de su voluntad ni de su actividad en lo absoluto, no estamos en presencia de una verdadera obligación, sino de un efecto del contrato. Así, por ejemplo el que constituye una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, no puede impedir ni la constitución del derecho real hipotecario, ni sus efectos, por más que actúe de mala fe. Asimismo, un socio en una sociedad regularmente constituida, no tiene nada que hacer ni para cumplir, ni para incumplir la creación de una persona moral. El contratante en una cláusula compromisoria arbitral legalmente pactada, no es necesario que haga nada para someterse al arbitraje, pues dicha sumisión ya está dada. Tampoco puede incumplir con la sumisión, pues la excepción de incompetencia del juez, ya se encuentra en el arsenal de su contraparte desde la conclusión del contrato de compromiso⁹. Del mismo modo, el mandatario de una persona tiene su representación por mero efecto del contrato de mandato, sin que esta tenga que cumplir con ninguna obligación para dar lugar a la representación, y sin que esta pueda impedir dicha representación.¹⁰

Así, es fundamental la distinción entre los efectos obligacionales del contrato, es decir, la creación de deberes a cargo de las partes, y los efectos no obligacionales,¹¹ es decir, aquellos que no implican un deber, sino una nueva realidad jurídica que se da *per se* por el solo efecto del contrato, como son, la transmisión de la propiedad, la constitución de derechos reales, la creación de excepciones procesales o la extinción de acciones procesales, la creación de personas morales, la representación, etc. Siempre que la actividad o inactividad del deudor no incidan en la situación jurídica a la cual aspira el contrato, estamos en presencia de un efecto no obligacional y no de una obligación.

No es tan raro encontrar actos jurídicos —y no solo contratos— con efectos no obligacionales. No solo la compraventa, hipoteca, la sociedad, la transacción, el compromiso en árbitros o el poder y el mandato tienen efectos no obligacionales. También existen actos jurídicos como el pago, que

⁹ Art. 620 del Código de Procedimientos Civiles.

¹⁰ Art. 2554 del Código Civil.

¹¹ V. al respecto, PASCAL, Ancel, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat” en *Revue Trimestrielle de droit civil*, París, Dalloz, 1999, n° 4, pp. 771 y ss.

tienen efectos inmediatos. El pago produce subrogación de inmediato. La substitución del acreedor se verifica *ipso iure*.

En otra hipótesis particularmente interesante, el pago hecho en estricto cumplimiento de la obligación, extingue la hipoteca sin que sea necesario que intervenga la voluntad del acreedor para extinguir el derecho real hipotecario. El acto de la cancelación de la hipoteca no es mas que una mera formalidad de autenticidad exigida por el Registro Público de la Propiedad (art. 3005 fracc. I del Código Civil). En el instante preciso en que el deudor paga, la hipoteca deja de existir aunque siga inscrita en el registro. Afirmar lo contrario sería, en primer lugar, atribuir al registro un carácter constitutivo que jamás ha tenido en México. En segundo lugar rompería la regla de lo accesorio, lo cual es imposible dada la esencia de la hipoteca. Es inconcebible una hipoteca sin crédito cuyo pago garantice. En consecuencia, la regla del formalismo según la cual toda operación, en este caso la extinción, que tenga por objeto derechos reales inmobiliarios debe otorgarse en escritura pública, debe ceder ante la regla de lo accesorio en materia de hipotecas, pues en primer lugar, sería absurdo pensar que la hipoteca —ya inexistente— subsiste mientras su extinción no se otorgue en escritura pública porque tal acto jurídico tendría la nada como objeto —¡ya no existe la deuda!—; la hipoteca ya no existe por el pago. En segundo lugar, porque el registro en el sistema jurídico mexicano, como en el francés, es meramente declarativo, es decir, que el asiento de la hipoteca no es indisociable de la existencia jurídica del derecho real; puede haber inscripción de hipoteca, sin que el derecho real exista, como ocurre entre el momento en que se hace el pago y el momento en que se cancela el asiento. Por último, es bien sabido que la regla del paralelismo de formas¹² entre el acto constitutivo y el acto extintivo, admite un gran número de excepciones, como lo es la hipoteca, y que la forma notarial de la cancelación es únicamente para cumplir con un requisito de certeza exigido por el registro por los imperativos de seguridad jurídica. Esta es una excepción al paralelismo de formas. La palabra *cancelación de hipoteca* no debe entenderse como extinción del derecho real, a menos que el acreedor quiera extinguir el derecho real hipotecario sin que haya extinción de la obligación garantizada por hacer una liberalidad en favor del deudor, caso en el cual la obligación subsiste sin hipoteca.¹³ Fuera de este caso, la “cancelación de hipoteca” debe apreciarse como la cancelación del

¹² Sobre la cual, ver PÉREZ GARCÍA, Matías, “Una teoría del paralelismo de formas” en *Nuevos Temas de Derecho Corporativo*, 1a. ed., México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2003, pp. 55 y ss.

¹³ PÉREZ GARCÍA, Matías, *op. cit.*, p. 65.

asiento registral de la hipoteca. La prueba de ello es que al hacerse el pago, el deudor puede demandar la cancelación del asiento registral y el juez la va a ordenar directamente al registro. Sería absurdo pensar en demandar al acreedor, en ejercicio de una acción *pro forma*, el otorgamiento y firma de la escritura de cancelación de la hipoteca para el efecto de que el juez, una vez constatado el pago del crédito garantizado, ordenara al deudor a cumplir con su “obligación” de cancelar la hipoteca. Ahora bien, en este orden de ideas, ¿cómo se cancelaría el asiento de la hipoteca en el registro? Basta cualquier documento público del que se deduzca la extinción del derecho real por extinción de la obligación garantizada: un recibo de pago ante notario, o ante el juez como resultado de una consignación, o cualquier documento indubitable que cumpla con el requisito de autenticidad del art. 3005 del Código Civil. La extinción del derecho real hipotecario es un efecto inmediato del pago. El acreedor no puede, constatado el pago puntual, impedir el efecto extintivo porque este no depende de él.

Veremos más adelante, que el pago tiene el mismo efecto inmediato respecto de la reserva de dominio en la compraventa celebrada bajo esa modalidad.

Pues bien, la compraventa, al igual que todos los contratos con efectos no obligacionales y los demás actos jurídicos con este tipo de efectos, tiene el efecto no obligacional de transmitir la propiedad. El vendedor no debe hacer nada para transmitir la propiedad, ni puede hacer nada para impedir dicha transmisión.

2. LAS PRUEBAS DEL CARÁCTER INFALIBLE DEL EFECTO TRASLATIVO DE DOMINIO

Pongamos ahora a prueba el carácter infalible que caracteriza los efectos no obligacionales como el traslativo de dominio. Imaginemos un vendedor que al recibir la oferta del comprador, la acepta y firma un contrato de compraventa. Inmediatamente después se arrepiente y decide no cumplir con sus obligaciones, de tal suerte que no entregará la cosa vendida al comprador. Se aprovechará de la sensata redacción del art. 2248 del Código Civil que califica la transmisión de la propiedad como una obligación, y decide no cumplirla. El comprador, muy afligido al leer dicho artículo, ocurre ante el juez y en el capítulo de prestaciones de su demanda, exige entre otras cosas, el cumplimiento forzado de la obligación de transmitir la propiedad al vendedor, desde luego, consignando el precio total de la venta. El juicio sigue su curso y se cierra la instrucción, y el juez tiene en su escritorio el expediente para dictar sentencia. Habiendo leído el art. 2248 del Código

Civil, único invocado por el actor para lograr su pretensión de ser dueño, condena al vendedor a transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida. Le concede un término improrrogable de cinco días.¹⁴ ¿Cómo se transmite entonces la propiedad? El artículo 2248 del Código Civil erige la transmisión de la propiedad en una obligación, congruentemente con el art. 2011 fracción I.

En primer lugar, el código no dice en ninguna parte, cómo es que el deudor de dicha obligación debe cumplirla. En realidad, no hay manera de cumplirla porque no hay manera de no cumplirla. Es en este orden que se explica la infalibilidad de la transmisión de la propiedad y por consecuencia su carácter no obligacional. Es porque no podemos incumplirla, que no es susceptible de cumplirse y entonces no existe obligación alguna.

Además, en ese momento el art. 2014 entra en escena y nos confirma rotundamente lo que acabamos de decir. Y en realidad, es más por el carácter infalible del efecto, que por el positivismo del art. 2014, que podemos explicar que la transmisión de la propiedad no es una obligación. El art. 2014 es una explicación que además descarta la *traditio* como modo de transmisión de la propiedad. De hecho esto último es muy importante porque ante la interrogante de ¿cuál de las dos posiciones debe prevalecer?, el positivismo es completamente inútil para resolverla porque los dos artículos son derecho positivo. Sólo podemos resolverla recurriendo a la explicación de la infalibilidad del efecto traslativo.

II. LA PROBABLE REFUTACIÓN

Existen muchas hipótesis en las que pareciera que la transmisión de la propiedad es una obligación en razón de la disociación temporal entre la ce-

¹⁴ Art. 506 del Código de Procedimientos Civiles, aunque cabe la cuestión de saber si se trata de una condena de dar, o de hacer. Si se trata de “hacer lo necesario” para transmitir la propiedad, ¿en cuál de los supuestos del art. 517 del código ya citado nos encontramos? Si se trata de un hecho personal del obligado que no puede prestarse por otro, el juez empleará “los medios de apremio más eficaces” ¿Cuáles serían los medios de apremio más eficaces para compeler al vendedor a transmitir la propiedad al comprador? Esta pregunta es el núcleo de la prueba de que la transmisión de la propiedad no puede depender de una actividad voluntaria del vendedor. Continuando con el relato, el juez puede enviar al secretario actuario con el apoyo de la policía para hacer cumplir su sentencia. Una vez llegados al domicilio del vendedor condenado, este abrirá la puerta, se identificará y al explicarle el actuario el motivo de la diligencia, el vendedor le responderá: “Señor actuario, habiendo llegado a este extremo, tal parece que tendré que cumplir con la sentencia. Le ruego me indique qué debo hacer.” Esta sería la historia más frustrante, más angustiante y más triste de la biografía de este secretario actuario.

lebración del contrato y el momento en que ocurre la transmisión de la propiedad (1.) o bien, en razón de la imposibilidad de la transmisión de la propiedad de forma automática si no es por una actividad del vendedor, como en la venta de cosa ajena (2.) o bien, en razón de un acto jurídico de un tercero aparentemente indispensable para que se produzca tal transmisión, como es el caso del fideicomiso (3.). No hay que olvidar las hipótesis en las la transmisión de la propiedad depende de la muerte de una persona (4.) y aquellas en las que por el contrario, depende de la existencia o del nacimiento de otra persona (5). En todas estas series de supuestos habremos de buscar si la transmisión de la propiedad es una obligación a cargo de un deudor, o si por el contrario el principio de transmisión de la propiedad es mero efecto ya del contrato, ya de hechos o actos que no son el cumplimiento de una “obligación de transmitir de la propiedad”.

1. LOS CASOS EN QUE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO Y LA TRANSMISIÓN NO SON SIMULTÁNEOS

Hasta el momento lo que acabamos de explicar es aplicable a la compraventa simple. Aquella en que las partes no han querido impedir que el contrato despliegue todos sus efectos inmediatamente. Sin embargo, existen varias hipótesis que parecerían ser la refutación fulminante de nuestra posición. Se trata de la compraventa con reserva de dominio, la compraventa sujeta a condición o a término, la compraventa de géneros y la compraventa de cosa futura, entre otras figuras que vamos a analizar. En estas modalidades del contrato, existe una disociación entre el momento de formación de la venta y el momento de la transmisión de la propiedad. Y pareciera entonces que después de la formación del contrato, y llegado el hecho del cual depende la venta, el vendedor tuviera que cumplir con la transmisión de la propiedad de la cosa.

En efecto, por ejemplo, en la venta con reserva de dominio, el vendedor tiene que “cancelar la reserva de dominio” para que se entienda transmitida la propiedad en el registro público de la propiedad. En la venta de géneros, el vendedor debe convertir el género en cosa en cierta y determinada y notificar al comprador de esa individualización para que la propiedad se transmita (Art. 2015 del Código Civil). En la compraventa de cosa futura, la propiedad no se transmite sino desde el momento en que el vendedor hace que la cosa exista, es decir, cuando por ejemplo, construye el edificio cuyo departamento es objeto de la venta, o la siembra produce la cosecha vendida.¹⁵

¹⁵ En este último caso estamos en presencia de la compra de esperanza (arts. 2792 y 2793 del Código Civil), que para los efectos de nuestro tema, puede asimilarse a una compraventa de cosa futura como veremos más adelante.

A. *La Compraventa con reserva de dominio*

¿En qué momento se transmite la propiedad en la venta con reserva de dominio? Si decimos que la transmisión de la propiedad es una obligación del vendedor, la propiedad se transmite en el momento en que el vendedor cancela la reserva de dominio. Si por el contrario, decimos que la transmisión es un efecto no obligacional, entonces dicha transmisión se verifica por mero efecto del pago. En primer lugar, la finalidad de esta modalidad de la venta es una garantía del pago del precio en favor del vendedor. Si la propiedad no se transmite en el momento del contrato, es para que el precio total se pague. Las partes quieren que, pagado el precio, y sólo hasta ese momento, el comprador sea dueño y señor de la cosa comprada. Luego entonces, la reserva de dominio no tiene razón de ser una vez pagado el precio. En segundo lugar, ningún comprador estaría de acuerdo en comprar bajo esta modalidad siendo que la propiedad le será transmitida, no al hacer el pago, sino cuando al vendedor se le pegue la gana “cancelar la reserva”. Considero que a esta modalidad le son aplicables las mismas consideraciones que hicimos sobre la hipoteca más arriba. Así, lo que muchos notarios llaman “cancelación de la reserva de dominio” debería llamarse mejor “cancelación del asiento registral de reserva de dominio” porque la propiedad ya se transmitió al comprador con el sólo pago. Se ha dicho también en el medio notarial que podría llamarse “transmisión de la propiedad por pago”, lo que personalmente consideramos incorrecto, ya que la transmisión de la propiedad ya tuvo lugar en el instante preciso en que se hizo el pago. Sólo si el pago del saldo del precio se hace ante el notario en el preciso momento de otorgarse el instrumento, podríamos calificarlo como una transmisión de la propiedad por pago.

La disociación temporal entre la celebración del contrato y la transmisión de la propiedad, en el caso de la compraventa con reserva de dominio no significa que la transmisión sea una obligación que el vendedor deba cumplir.

B. *La compraventa sujeta a condición o a plazo*

Antes de analizar este tipo de compraventas hay que hacer una distinción entre las condiciones o plazos a que están sujetas las obligaciones y aquellas a las que están sujetos los contratos. ¿Qué sentido tiene hacer una tal distinción si finalmente son las obligaciones creadas por los contratos las que van a depender en su exigibilidad o en su resolución, de tal o cual condición? Tiene mucho sentido desde el momento en que también los efectos no obligacionales del contrato pueden estar sujetos a una condición o plazo

y no solo las obligaciones. Aquí nuevamente es fundamental reconocer que hay que distinguir entre los efectos obligacionales y los no obligacionales del contrato.

A los efectos del contrato se les aplica por analogía las disposiciones sobre la condición y el plazo de las obligaciones, pues de otra manera sería imposible concebir la compraventa con reserva de dominio, por ejemplo¹⁶.

Todo depende del acontecimiento en el que consista la condición. Si la venta está sujeta a una condición válidamente pactada, es decir, que el hecho en que consiste la condición no sea imposible y no sea contraria a la ley ni a las buenas costumbres, no habrá mayor problema. Si la condición es suspensiva, al realizarse esta, la propiedad se transmitirá *ipso iure* al comprador sin que adicionalmente el vendedor tenga ninguna actividad que realizar. Sobra decir que si la condición no se realiza jamás o por lo menos en el tiempo fijado, no habrá nunca transmisión de propiedad. Lo mismo sucede con el plazo.

El problema surge cuando la condición es potestativa del vendedor (a) o cuando sin serlo, su realización es impedida por el vendedor (b).

a) *La condición es puramente potestativa del vendedor.* Todo el mundo está de acuerdo en que, si la realización de la condición es un hecho que depende exclusivamente de la voluntad del vendedor, la venta es nula por aplicación analógica del art. 1944 del Código Civil. Esto es porque no tiene sentido una venta en la que el efecto traslativo de propiedad esté sujeto a un hecho que depende de la exclusiva voluntad del vendedor. Esto es congruente con el art. 1797 del Código Civil. En este caso, la venta sería nula y no habría efecto traslativo de dominio.

b) *La condición no es potestativa pero el vendedor impide su realización.* La diferencia entre este caso y el anterior parece muy sutil pero es abismal. No es lo mismo que desde el principio las obligaciones y los efectos del contrato dependan de la exclusiva voluntad del vendedor, caso en el cual el contrato es nulo, que aquel en que la condición es un hecho exterior a la voluntad del vendedor, pero este tiene o consigue los medios para impedir su realización y de hecho la impide. Dicho de otro modo, hace trampa para que el hecho del cual dependen los efectos del contrato, no se realice. En este caso, la condición se tiene por cumplida (art. 1945 del Código Civil) y el comprador se convertirá en propietario *ipso iure*. Mientras que en el primer

¹⁶ Ver la interesante y certera reflexión que hace DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, en *Contratos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 214 a propósito del efecto retroactivo del cumplimiento de la condición, a la celebración del contrato por aplicación del art. 1941 del Código Civil.

caso, la condición es potestativa desde su nacimiento, en el segundo, la condición podríamos decir, se vuelve potestativa posteriormente desde el momento en que el vendedor, por su voluntad, puede impedir su cumplimiento.

C. *La compraventa de géneros*

Más difícil es aquí defender la transmisión de la propiedad como un efecto no obligacional. Pareciera que el único que puede decidir si la individualización de la cosa se realiza y por consecuencia se transmite la propiedad, es el vendedor. Si de las sesenta toneladas de trigo que el vendedor tiene en su granero, sólo se vendió una, el comprador no será el dueño sino hasta saber cual tonelada se ha cargado en su camión. En la práctica, en la mayoría de los casos, la determinación y la individualización de la cosa es un acto del vendedor comerciante, aunque puede ser que los usos comerciales para el producto de que se trata, implican que el comprador elija las semillas, frutos o piezas integrantes del género en cuestión que se va a llevar. En este último caso, dependerá del comprador la individualización de la cosa para convertirse en dueño en ese momento. La sola posibilidad de que, en algunos casos, según los usos o las estipulaciones de las partes, el comprador pueda individualizar la cosa, excluye la pretensión de que la transmisión de la propiedad sea una obligación a cargo del vendedor.¹⁷ Sería como pretender que la venta de géneros debe estudiarse como dos contratos totalmente distintos, según que la individualización la haga el vendedor o la haga el comprador. En otras palabras, en la venta de géneros cabría preguntarse ¿porqué en algunos casos —cuando el vendedor individualiza— la transmisión sería una obligación de este, y en otros —cuando el comprador es quien individualiza— sería un mero efecto del acto de individualizar? Además, el vendedor, por más que se rehúse a individualizar la cosa él mismo, e impida que el comprador la individualice, si la cosa se individualiza por que la medida del género vendida al comprador, es decir, la tonelada, kilo, litro, metro, etc., llega a ser la última que tiene el vendedor por cualquier razón en su negociación mercantil o incluso en su patrimonio, y el acreedor conoce esta circunstancia, la propiedad se habrá transmitido sin que el vendedor pueda hacer nada para impedirlo. Para entender esta hipótesis, es importante entender el significado de los artículos 2015 del Código Civil que encuentra su fuente en el art. 1585 del Código Napoleón.¹⁸

¹⁷ Esta posibilidad queda abierta en el art. 2022 del Código Civil.

¹⁸ “Cuando las mercancías [son vendidas] por peso, por unidad o por medida, la venta no es perfecta y el riesgo de las cosas es para el vendedor hasta que sean contadas, pesadas o medidas...”

La propiedad no puede transmitirse porque no se puede ser dueño de algo que materialmente no podemos reivindicar. No se puede saber cuál kilo de trigo, de los cincuenta mil que tiene el vendedor, es el nuestro. Pero si el vendedor solamente tiene un kilo, la cosa ha quedado individualizada y desde el momento en que ese kilo se separó de las demás semillas, con conocimiento del comprador, este se convirtió en dueño. Lo que queremos demostrar es que hay dos hipótesis en que el efecto traslativo no depende de una acción del vendedor; cuando es el comprador quien individualiza la cosa y cuando la cosa se individualiza al irse agotando el género en los haberes del vendedor. Ahora bien, si estudiamos el caso aislado de la venta de géneros en que el vendedor es el único que puede individualizarla, quizás tengamos que reconocer que es el único caso en que la transmisión de la propiedad depende del cumplimiento de la obligación de hacer, a cargo del vendedor, consistente en la separación de lo vendido. Y aquí, efectivamente la transmisión depende de la actividad del vendedor, como en el caso de la venta con objeto alternativo a elección del vendedor, que veremos más adelante.

De cualquier forma, sin ir tan lejos, lo que pretendemos probar es que la transmisión de la propiedad no resulta de una obligación autónoma a cargo del vendedor —¡o del comprador!—, sino del mero efecto de la determinación de la cosa en el momento que el comprador toma conocimiento de la misma. En todo caso, el acto de individualizar que no necesariamente depende de la voluntad del vendedor, sería una obligación de hacer consistente en separar la cantidad comprada del género, y no de transmitir la propiedad, porque la transmisión tiene lugar como un efecto *ipso iure* de dicha individualización. En efecto, si el comprador demandara al vendedor el cumplimiento forzado del contrato y ganara la causa, el resolutorio del juez no sería en nuestra opinión en el sentido de que se condena al vendedor demandado a transmitir la propiedad de una tonelada de trigo al comprador, sino en el sentido de que se condena al vendedor a la entrega de una tonelada de dicho género al comprador. Técnicamente, al separar una tonelada para su entrega, en presencia del comprador, se le transmite la propiedad. En todo caso, estamos en presencia de una obligación de hacer, y no de dar.

D. *La venta con objeto alternativo*

a) *La elección de la cosa es del comprador.* Es el caso de algunas tómbolas. En este caso, cuando el comprador es quien elige una cosa de entre varias, por aplicación analógica del artículo 2015, la propiedad se habrá transmitido por mero efecto de la elección de la cosa de entre los objetos

ofrecidos alternativamente por el vendedor. La designación de la cosa elegida hace las veces de la individualización de la cosa de género. Es exactamente igual que la venta de géneros en que el comprador “se sirve” la cantidad comprada.

b) *La elección de la cosa es del vendedor.* Aunque en la práctica es muy rara, existe la compraventa en que las partes pactan que el vendedor debe elegir entre dos o más objetos del mismo valor, o de valor muy similar, para entregar al comprador. Esta modalidad presenta el mismo problema que la venta de géneros en la que el vendedor es quien individualiza la medida a entregar al comprador. Aquí podemos aplicar la misma observación: la propiedad se transmite por efecto de la elección del objeto que constituye una obligación de hacer, cierto, cuyo cumplimiento depende de la buena voluntad del vendedor, pero no por el cumplimiento de una obligación de dar consistente en la transmisión de la propiedad.

E. *La compraventa de cosa futura y de esperanza*

No abordaremos la discusión sobre la validez o la utilidad económica de la venta de cosa futura, porque ello no es objeto del presente análisis. Nos limitaremos a responder la cuestión de cuándo y cómo el comprador se convierte en dueño de la cosa que va a existir. Hagamos el ejercicio de explicar la cuestión desde la posición de que la transmisión de la propiedad es una obligación. El constructor de un edificio, no ha comenzado siquiera la excavación de los cimientos y ya vendió el pent-house. Es más, ya le pagaron el total del precio, y el objeto material de la venta aún no existe. Obviamente no ha habido transmisión de propiedad en el contrato porque la cosa aún no existe, y sólo se puede ser propietario de algo que existe.¹⁹ La obra avanza y finalmente el constructor concluye el edificio. ¿Sigue siendo suyo el pent-house? Si la transmisión de la propiedad es una obligación, el departamento seguirá siendo suyo hasta en tanto el vendedor no decida cumplir con dicha obligación. Aquí aparece nuestro viejo problema: el Código Civil no nos dice cómo cumplir con esa enigmática obligación y quizás tampoco el contrato. Ahora bien, ¿no será que la construcción del edificio constituye el cumplimiento de la obligación de hacer, consistente en la construcción misma, necesaria a su vez para cumplir con la obligación de entrega, y de paso, se cumple así con la obligación de transmitir la propiedad? Posiblemente, pero ¿no sería extraño ver cumplida una obligación de dar, tal como la califica el art. 2011 fracción I del Código Civil, a través del cumplimiento

¹⁹ Arts. 747, 748, 749 y 1825 del Código Civil.

de una obligación de hacer? Planteada esta cuestión en otros términos, si el juez condena al vendedor al cumplimiento forzado de la obligación de transmitir la propiedad, obligación de dar según el citado art. 2011, ¿lo haría a través de la ejecución de una obligación de hacer consistente en la construcción de un edificio? ¿Cumplir una obligación de dar substituyéndola por una obligación de hacer?

La obligación de dar no tendría sentido; no sería útil.²⁰ Consideramos que es más adecuado hablar de la transmisión de la propiedad como efecto del cumplimiento de una obligación de hacer. Y esto es aplicable también al caso de la venta de géneros o la venta con objeto alternativo cuando le corresponde al vendedor individualizar la cosa o elegir el objeto respectivamente, para su entrega.

En el caso concreto de la compraventa de cosa futura, la propiedad se transmite a medida que la cosa va existiendo, en nuestro ejemplo, —el pent-house—. Cada ladrillo que el constructor pone para levantar el muro de ese pent-house, al incorporarlo, va siendo propiedad del comprador. Esto permite explicar, entre muchas otras cosas, la acción reivindicatoria que tendría el comprador, en caso de conclusión parcial de la construcción, sobre la parte de la cosa futura construida: “No terminaste la obra, pero la parte del pent-house que llevas construida, me pertenece”.

En la compra de esperanza, en cambio, no hay una actividad consistente en la creación de la cosa futura, que dependa de la actividad del vendedor. La existencia o no de la cosa futura, depende de una serie de hechos en relación con los cuales, el vendedor es pasivo: la llegada del temporal de lluvias si se trata de una cosecha, la ocurrencia del hecho del cual depende el nacimiento de los frutos —rentas, dividendos, etc.—. Aquí la transmisión de la propiedad se verifica en la medida en que esos frutos existen. Para ser más ilustrativos, en la medida en que las semillas o las frutas se dan y son útiles en tanto que cosecha; en la medida en que una sociedad, después de las operaciones contables respectivas, produce dividendos, etcétera.

²⁰ En efecto, no tendría sentido instituir una obligación de dar consistente en la transmisión de la propiedad de una cosa, que sólo se vería cumplida a través del cumplimiento de una obligación de hacer. En estricto rigor lógico, o desaparecemos la obligación de dar consistente en la transmisión de la propiedad, o bien, la conservamos y admitimos que en su contenido no se “da” nada, sino se “hace” algo de lo cual resultará la transmisión de la propiedad, lo cual nos remite a los formalismos sacramentales romanos que tenían que celebrarse para transmitir la propiedad. Y es justamente esos formalismos, los que fue necesario eliminar para facilitar el tráfico comercial, lo que se logró con el consensualismo del Código Napoleón.

F. *Otras ventas con cláusulas especiales*

Lo cierto es que, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad las partes pueden pactar en la compraventa, por ejemplo, que la propiedad del bien no se transmitirá sino hasta el momento en que el contrato se formalice ante notario público, o bien que se cumpla con determinado formalismo contractual. O bien, que la propiedad se transmita en el momento de la entrega material de la cosa. En estos casos, dicha transmisión está disociada y depende quizás del cumplimiento de una obligación del vendedor. En el primer caso, de la obligación de formalizar el contrato, que se materializa con la firma de la escritura, que a su vez no puede ser otra cosa mas que una obligación de hacer, resulta el efecto traslativo de dominio. En el segundo caso la transmisión opera en el instante de la entrega. La entrega es quizás una obligación de dar, pero es una obligación de dar consistente en entregar materialmente una cosa al vendedor y no una obligación de dar que tiene por objeto la transmisión de la propiedad. Tal obligación de dar consistente en la entrega material de la cosa, tiene como fin, y como efecto, la transmisión de la propiedad, pero su contenido es el hecho de poner a disposición del comprador la tenencia material de la cosa y no transmitir su propiedad.

2. ¿LA VENTA DE COSA AJENA?

Es en la venta de cosa ajena donde algunos autores pretenden encontrar una obligación de transmitir la propiedad. Aunque el comprador no sepa que la cosa es ajena, el vendedor se obliga a conseguir que el comprador se convierta en dueño (A). En lo personal opino que el régimen legal de la venta de cosa ajena en el derecho positivo mexicano es, al contrario, una prueba contundente de que la transmisión de la propiedad no es una obligación (B).

A. *La venta de cosa ajena crearía una auténtica obligación de transmitir la propiedad*

Siguen vivos los debates sobre la suerte de la venta de cosa ajena. Para algunos el contrato sería inexistente,²¹ para otros sería nulo²² y finalmente

²¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 5a. ed., Puebla, México, Cajica, 1974, n° 106, p. 136 citado por ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel en “La Compraventa de Cosa Ajena”, en *Libro del Cincuentenario del Código Civil*, 1a. ed., México, UNAM, 1978, pp. 317 y ss, especialmente p. 335. Sin embargo en sus ediciones más recientes, GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ cambió la redacción de su ejemplo. Ver. *Derecho de las Obligaciones*, 14a. ed., México, Porrúa, 2001, n° 125, p. 172. LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos*, 6a. ed., México, Asociación Nacional del Notariado Mexi-

se ha llegado a sostener que es válido.²³ Aún entre quienes reconocen la validez de la venta de cosa ajena, nadie puede decir que esta transmite la propiedad. La venta de cosa ajena produciría una serie de obligaciones de medios consistentes en hacer todo lo necesario para lograr que se le transmita la propiedad de la cosa vendida al comprador. En estricta técnica habría que recalificar al contrato en una promesa de *porte-fort* más que una compraventa.

Lo cierto es que la venta de cosa ajena no transmite la propiedad al celebrarse, sino, en el mejor de los casos, en el momento en que, de acuerdo con el art. 2271 del Código Civil, el vendedor adquiere la cosa vendida. En este orden de ideas, entre la celebración de la venta y la adquisición de la cosa por el vendedor, este tiene una obligación de hacer consistente ya sea en adquirir la cosa para que, en ese preciso momento a su vez el comprador se vuelva propietario o bien, en lograr que el tercero dueño de la cosa, le transmita al comprador la cosa directamente. Estamos en presencia de obligaciones de hacer que son además, de medios y no de resultados. Así, si bien la compraventa de cosa ajena es obligacional en el sentido de que crea dichas obligaciones de hacer a cargo del vendedor, y que pareciera que existe en todo esto una obligación general de transmisión de la propiedad, no es así. La transmisión de la propiedad es un mero efecto automático del cumplimiento de las obligaciones de hacer del vendedor, consistentes en adquirir la cosa o lograr el consentimiento del dueño para que este la venda al comprador.

En efecto, si el vendedor adquiere la cosa, no será dueño ni una milésima de segundo porque en ese preciso momento la propiedad se habrá transmitido al comprador. Si en la otra hipótesis, el vendedor consigue que el verdadero dueño otorgue su consentimiento para enajenar la cosa a favor del comprador, la propiedad se transmitirá *ipso iure* por mero efecto del acto jurídico por el cual dicho verdadero dueño consintió.

Ahora bien, ¿qué no a fin de cuentas el vendedor está obligado a convertir en dueño al comprador? En efecto, a través del cumplimiento de obligaciones de hacer se desencadenará el efecto traslativo. Este es el gran riesgo

cano A.C., 2001, p. 99, quien sin embargo, en la pp. 100 y ss. analiza y recoge la nulidad por falta de capacidad.

²² LOZANO NORIEGA, Francisco precit., pp. 98 y ss.; ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, "La Compraventa de Cosa Ajena", en *Libro del cincuentenario...* precit. pp. 346 y 347, entre otros.

²³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, 15a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 101; SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 5a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 134 y ss.

de confundir el fin de un acto, con el contenido de las obligaciones que este produce. En la venta de cosa ajena, el fin que necesariamente se persigue es convertir al comprador en dueño, pero una vez más, no es el contenido de una obligación, en nuestra muy personal opinión.

B. *La venta de cosa ajena como prueba de que la transmisión de propiedad no es una obligación*

La venta de cosa ajena hace surgir una prueba de que la transmisión de la propiedad no se produce por cumplimiento de una obligación. Por un error muy sutil podríamos pretender —y la tentación es grande— que la fuerza obligatoria del contrato de compraventa, nos prueba que la transmisión de la propiedad viene de una obligación, pues de otro modo, ¿cómo explicaríamos la fuerza obligatoria del contrato?

Sin embargo, si la venta de cosa ajena es nula, no es porque el vendedor falta al cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas la de transmitir la propiedad, sino porque no es el dueño y por ende, no se puede transmitir la propiedad de la cosa. En otras palabras, la venta de cosa ajena es nula porque el efecto traslativo de propiedad es imposible que se verifique por mero efecto del contrato,²⁴ lo que lo convierte en un contrato con objeto jurídica-

²⁴ Hay en cambio, quienes sostienen con cierta razón, sobre todo en doctrina francesa, que la compraventa de cosa ajena es nula por falta de capacidad del vendedor. En efecto, no siendo dueño, no puede transmitir la propiedad de la cosa, y tiene una incapacidad especial. BENABENT, Alain, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 6a. ed., París, Montchrestien, 2004, pp. 24 y 25. En contrario, ver, en doctrina mexicana, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Contratos Civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 258 y ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 9a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 120. En realidad, la razón que los doctrinarios mexicanos esgrimen para descartar la nulidad relativa por falta de capacidad o de legitimación es que las características de la nulidad relativa son incompatibles con el derecho del verdadero propietario de la cosa para demandar la nulidad del contrato, y siendo la nulidad por falta de capacidad, una nulidad relativa, no es la sanción adecuada para este tipo de contrato. Sin embargo, este argumento puede ser rebatido en razón de que, si bien, la nulidad relativa por falta de capacidad priva al verdadero propietario de una acción de nulidad, lo cual parece injusto, ello no lo priva de la acción reivindicatoria. El verdadero propietario, según la jurisprudencia y la doctrina francesas, no tiene que preocuparse por entrar en el mundo contractual del vendedor y el comprador e intentar una acción tendiente a destruir los efectos del contrato —efectos que, en lo tocante a la transmisión de propiedad, no han podido realizarse—. En cambio, una acción real extracontractual derivada directamente de su derecho de propiedad, es más adecuada: la reivindicación. El comprador al que se le entregó la cosa, sufriría la evicción y el vendedor tendría que proceder al saneamiento. Por esta razón no nos parece tan descabellada la idea de una nulidad relativa por falta de capacidad del vendedor, quien *no puede* (no tiene capacidad) vender lo que no es de su propiedad,

mente imposible.²⁵ *A contrario*, aquí se prueba una vez más, que el legislador quiso que la transmisión de la propiedad fuera un efecto del contrato y no una obligación creada por él. Si realmente analizáramos la transmisión como una obligación, la nulidad no tendría ninguna razón de ser. El contrato no sería nulo porque el vendedor quedaría obligado a transmitir la propiedad por cualquier medio. Bastaría con darle al comprador una acción de cumplimiento forzado de la obligación de “hacer lo necesario” para que se le transmita la propiedad, o de rescisión por incumplimiento, como sucede con las demás obligaciones.²⁶

3. EL FIDEICOMISO

Aunque el fideicomiso no es una compraventa y quedaría por ello fuera de este estudio, es una rendija, probablemente la única, en que podría fundarse la idea de una obligación de transmitir la propiedad que depende de la buena voluntad de del fiduciario, lo cual le daría una vocación contingente o falible que confirmaría su carácter obligacional. Es decir, la sola designación del fideicomisario por parte del fideicomitente o de la propia fiduciaria, en la práctica del fideicomiso al parecer no vuelve al fideicomisario dueño. Es necesario el acto jurídico de la fiduciaria que transmita la propiedad al fideicomisario, que en la práctica se conoce como “transmisión de propiedad en ejecución del fideicomiso”. Para simplificar la esquematización podemos pensar en un contrato de mandato por virtud del cual el mandatario se obliga a otorgar los actos jurídicos necesarios en nombre y por cuenta del mandante para transmitir la propiedad de un bien a un tercero, lo cual, en términos generales nos lleva a pensar en un fideicomiso con esos fines. ¿Cómo explicar la transmisión de la propiedad en un tal esquema? Es decir, ¿en qué momento se transmite la propiedad? Y ¿cuál es el acto, contrato o actividad por el cual se transmite la propiedad? ¿Existe, en

como lo dispone el art. 2269 del Código Civil. Desde luego, este argumento sería válido siempre que utilizáramos el término jurídico de *capacidad* en sentido muy amplio, no sólo como la capacidad de ejercicio a que se refieren los arts. 450, 647 y demás que se refieren a la capacidad de juicio, sino una capacidad identificada con el verbo “poder” utilizado por la ley, por ejemplo, en el art. 436, 830, 1719 y precisamente el 2369, entre muchos otros, del Código Civil, desde luego, sacrificando un poco el rigor jurídico del significado tradicional del vocablo “capacidad”.

²⁵ Art. 1828 del Código Civil. La transmisión de la propiedad de una cosa ajena sin el consentimiento del propietario, es incompatible con las reglas del contrato de compraventa. Luego entonces, es un hecho, objeto del contrato, jurídicamente imposible.

²⁶ ANCEL, Pascal, precit. p. 783.

virtud del mandato o del fideicomiso una verdadera obligación de transmitir la propiedad a cargo del mandatario o de la fiduciaria?

Para resolver esta interrogante es necesario averiguar cuál es la naturaleza o la calificación del acto que transmite la propiedad en el mandato (1.), después de lo cual habremos de determinar la utilidad de los actos jurídicos que se celebran en ejecución del fideicomiso (2.).

4. LA NATURALEZA O CALIFICACIÓN DEL ACTO TRASLATIVO DE PROPIEDAD EN EJECUCIÓN DEL MANDATO

Imaginemos un mandato especial otorgado con el fin de que el mandatario celebre con determinada persona, un contrato de compraventa de un inmueble en especial en un determinado precio. El propietario, que será el vendedor en ese contrato de compraventa, no puede hacer el viaje a México para celebrar dicha venta, de tal suerte que el mandatario, en nombre y por cuenta del mandante, hará la oferta de la casa al comprador en determinado precio y en su caso firmará la venta. Debemos aceptar que el sólo mandato no transmite la propiedad al futuro comprador. El mandato por sí sólo nunca es traslativo de dominio.²⁷ Pese al otorgamiento del mandato, el propietario sigue siendo el mandante; y el vendedor es el mandante porque es el propietario. Es la compraventa la que va a transmitir la propiedad del vendedor-mandante al comprador. Y ello es así porque en el mandato, siendo un acto entre el propietario vendedor, y el mandatario, no interviene el consentimiento del comprador, necesario para la transmisión de la propiedad.

Supongamos ahora, en un caso de laboratorio, que el comprador comparece al acto del mandato y da su consentimiento para que el mandatario en representación del propietario vendedor le transmita la propiedad del inmueble en determinado valor. Supongamos que la redacción de un tal acto implica aceptación, por parte del futuro comprador, del inmueble y de su precio. En este caso, cualquiera que sea la denominación que se le da al acto, existe, dentro de él, de manera explícita, un contrato de compraventa,

²⁷ Existen casos en los que un contrato de compraventa privado, es decir, aquel al que le falta la forma exigida por la ley para su validez y para su registro, va acompañado de un poder irrevocable para actos de dominio con el fin de darle al comprador la seguridad de que él sólo, sin depender de la buena voluntad del vendedor, podrá realizar los actos jurídicos tendientes a la formalización de dicha compraventa. El mandato no fue el acto que transmitió la propiedad. Lo fue la compraventa privada. El mandato solamente implica la habilitación al comprador para que este pueda formalizar la venta sin depender de la firma del vendedor.

por el cual, la propiedad se le transmite al comprador, ya que hay acuerdo sobre la cosa y su precio tanto del propietario como del comprador, independientemente de que el precio se pague o no en ese acto. Si, por el contrario, la tarea consignada para el mandatario en un mandato es la oferta pública de venta de la cosa que se pretende vender y en su caso, la firma del contrato de compraventa, la propiedad no se habrá transmitido sino hasta el momento en que tiene lugar la celebración de dicha venta.

5. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EJECUCIÓN DE UN FIDEICOMISO

El supuesto del fideicomiso es parecido. El fideicomitente transmite al fiduciario un determinado bien para que este cumpla los fines que el fideicomitente le encargó.²⁸ En este caso, hay que distinguir entre dos momentos. En la celebración del contrato de fideicomiso existe transmisión de propiedad hacia el fiduciario por el sólo efecto de dicho contrato, sin que el fideicomitente tenga que cumplir con una “obligación de transmitir la propiedad”.

Pero la cuestión que nos interesa para efectos de este estudio es ¿en qué momento se transmite la propiedad al fideicomisario? Supongamos que desde el contrato de fideicomiso, queda designada la persona del fideicomisario. Supongamos además que el fin del fideicomiso es transmitir la propiedad de un inmueble o de cualquier otra cosa, bajo ciertas condiciones. Por último, supongamos que el fideicomisario cumple de inmediato con tales condiciones, por ejemplo, el pago de un precio o la prestación de determinados servicios o méritos. La cuestión a resolver en esta hipótesis es si el cumplimiento de la condición —precio, servicios o méritos— es suficiente para, por sí misma, producir el efecto traslativo de dominio del fiduciario al fideicomisario, como sucedería, por ejemplo, en la venta con reserva de dominio.

La inercia de la práctica nos daría una respuesta negativa. En este caso el fiduciario queda obligado a celebrar con el fideicomisario un acto jurídico que explicita la transmisión de la propiedad. Sin embargo esta respuesta que obedece a la práctica no resiste, al menos en el terreno teórico, el siguiente cuestionamiento. Tenemos claro el fin establecido en el contrato de fideico-

²⁸ Desde la reforma a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio del 2003, el fideicomiso es por esencia traslativo de dominio. La fiduciaria siempre tiene la propiedad de los bienes, derechos, títulos o recursos fideicomitados para el cumplimiento de los fines del mismo. Art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en adelante LTOC.

miso, que es la transmisión de la propiedad de una cosa determinada al fideicomisario, una vez que se cumplan ciertas condiciones. Tenemos, por otro lado que, en la especie, dichas condiciones ya se cumplieron. Los fines del fideicomiso impuestos por el fideicomitente y aceptados por el fiduciario, han quedado plenamente satisfechos. En el plano moral ya no debería de haber obstáculo ni paso alguno para que el fideicomisario se convierta en dueño de la cosa, es más, desde el preciso momento en que se cumplieron las condiciones impuestas, ya sea que dependan o no de la voluntad de este. La mejor forma de honrar la palabra del fideicomitente —y esto es lo que persigue el principio de eficacia económica del derecho y en particular del contrato— sería la transmisión de la propiedad en favor del fideicomisario por mero efecto del cumplimiento de sus obligaciones o de las condiciones impuestas. Pretender lo contrario sería obstaculizar la eficacia del fideicomiso y del derecho que lo regula, condicionando la transmisión de la propiedad a la buena voluntad y caprichos del fiduciario. Este tendría entonces que estar dispuesto a otorgar un nuevo acto jurídico para la transmisión de la propiedad en ejecución del fideicomiso, como ocurre en la práctica.

Ahora bien, existen otros casos en que dicho paso intermedio, es decir, el acto jurídico celebrado por voluntad del fiduciario, llamado “transmisión de propiedad en ejecución del fideicomiso”, tendría una importancia mayor, como lo veremos a continuación.

Supongamos que en el ejemplo anterior, la verificación de las condiciones a las que debe sujetarse la transmisión de la propiedad al fiduciario, es un proceso difícil. Supongamos que el fin del fideicomiso es transmitir una vivienda digna y decorosa a algún ciudadano con alguna discapacidad física, que viva en una colonia pobre ya designada, y que además se destaque por su trabajo social en favor de los discapacitados y de su comunidad en general. Supongamos además, como ocurre frecuentemente en la práctica, que en este caso, se designa dentro del fideicomiso un comité técnico cuya tarea será el calificar a los candidatos y declarar un ganador. Si estos fueran los fines del fideicomiso y aplicáramos el principio de la transmisión inmediata de la propiedad por mero efecto del cumplimiento de las condiciones, muchos candidatos con discapacidad y que hayan sido en cierta medida luchadores sociales, se sentirían auténticamente dueños. No habría ningún requisito intermedio entre la demostración de sus condiciones y la transmisión de la propiedad. En cambio, si la transmisión de la propiedad está condicionada a la designación de un ganador por parte del comité técnico, todo el mecanismo del fideicomiso sería más seguro jurídicamente. La transmisión de la propiedad no opera sino hasta que, en cumplimiento de la designación del

comité técnico, el fiduciario transmite, a través de un acto jurídico, la propiedad del inmueble al fideicomisario ganador.

Sin embargo, la complejidad de la calificación del cumplimiento de las condiciones impuestas por el fideicomitente en el fideicomiso para la transmisión de la propiedad, no eliminan el cuestionamiento previo que aquí se formula de otra manera pero que es el mismo: ¿La designación del fideicomisario por el comité técnico, por el cumplimiento de las condiciones del fideicomiso, no sería el acto jurídico necesario y suficiente para transmitir la propiedad al fideicomisario? Una vez verificado el cumplimiento de dichas condiciones y designado por ende al ganador, no hay nada que debiera impedir que este se convierta en dueño si somos partidarios de la eficiencia económica de los contratos. Y este cuestionamiento estaría presente siempre, por más requisitos y trabas formales que le impongamos al comité técnico, o al fiduciario mismo, para calificar el cumplimiento de las condiciones para la ejecución del fideicomiso. Es decir ¿una vez constatado formalmente el cumplimiento de esas condiciones, siempre tiene que haber un acto jurídico posterior a partir del cual y sólo a partir del cual tendría lugar la transmisión de la propiedad? La pregunta tiene un cierto valor práctico.

En la práctica de los fideicomisos de los años noventa hasta la fecha, los fideicomisarios se han enfrentado a varios tipos de problemas que no son menores. Con todo el proceso que duró desde la nacionalización de la banca en septiembre de 1982, pasando por la reprivatización de la banca a fines de los años ochentas, y ya bien entrados los años noventa y posteriormente la entrada de bancos de origen extranjero que compraron a los bancos nacionales, los fideicomisarios han tenido que sufrir un calvario para seguir la línea siempre confusa y a veces hasta inexistente, de adquisiciones de los derechos y obligaciones fiduciarias que tenían los bancos extintos hacia los nuevos bancos. Vivimos sujetos al hecho de que los fiduciarios substitutos, en primer lugar, se reconocieran causahabientes de las obligaciones fiduciarias de los bancos viejos, y en segundo lugar, que se comprobara, una vez más, el cumplimiento de las condiciones del fideicomiso original, dentro del marco de las políticas de los bancos nuevos que imponen cargas adicionales que el fideicomisario no tendría porqué sufrir por no haber sido previstas en el contrato de fideicomiso original. Los fideicomitentes, en la mayoría de los casos, personas físicas o morales, ya no existen. Me refiero a los fideicomisos de vivienda de todo tipo, en especial los privados, que nacieron en los años setenta y que no han terminado de ejecutarse hoy en día por estas dificultades.

Aún así, parece ser que los imperativos formales y sobre todo de seguridad jurídica, imponen como un paso adicional al cumplimiento de las con-

diciones, para transmitir la propiedad de los bienes fideicomitidos al fideicomisario, el acto jurídico de transmisión de la propiedad en ejecución del fideicomiso. Ese acto jurídico puede ser conveniente, no para retrasar la transmisión de la propiedad y hacer ineficiente al fideicomiso, sino para otorgar al fideicomisario un título formal que le brinde seguridad jurídica.²⁹ El solo acto de designación del fideicomisario en un acta de sesión de un comité técnico, no parece ser ni formal ni funcionalmente, el título más idóneo para este sobre todo desde el punto de vista de la seguridad jurídica a la que tienen derecho todos los fideicomisarios. Así, en el caso del fideicomiso, parece ser que la transmisión de la propiedad es una auténtica obligación civil a cargo del fiduciario, que se cumple con la celebración del acto jurídico denominado “transmisión de la propiedad en ejecución de fideicomiso”, y es en nuestro concepto el único o uno de los pocos casos en que la transmisión de la propiedad es una obligación y no un mero efecto de la designación del fideicomisario, aunque persiste la duda teórica para los que defendemos el principio de eficiencia económica del contrato y del derecho, es decir, el principio de transmisión inmediata de la propiedad.

Para terminar con el tema tangencial del fideicomiso y consolidar la excepción al principio de transmisión automática de la propiedad, hago aquí una ejemplificación procesal del incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad a cargo del fiduciario.

Supongamos que en un fideicomiso, el fideicomisario ha cumplido con todas las condiciones establecidas en el contrato de fideicomiso, por más difícil que sea el proceso de verificación del cumplimiento de las mismas. El comité técnico ha designado a determinada persona como fideicomisario para transmitirle, por ejemplo, una casa, un tractor para labores agrícolas, o cualquier otro bien. El fiduciario se niega por cualquier razón, a transmitirle la propiedad de dicho bien. Si optamos por el principio de transmisión automática de la propiedad, ¿cuáles serían las pretensiones técnicamente correctas que tendría que exigir en su demanda? La respuesta, bajo este principio sería que el actor tendría que demandar únicamente la entrega del bien que ya es suyo desde el momento en que se comprobó formalmente el cumplimiento de las condiciones del fideicomiso y quizás el otorgamiento o la entrega de su título de propiedad, que sería, en la hipótesis, su designación como fideicomisario, de un bien determinado. Supongamos que el fiduciario se allana a la demanda o es condenado en la sentencia. El actor lograría la entrega de la cosa a la que tiene derecho. Lograría también la entrega de un documento

²⁹ Esta reflexión y las que siguen en este apartado, hay que reconocerlo, es válida también para la compraventa.

de la fiduciaria, o del comité técnico del fideicomiso en que conste su designación. Pero ese documento normalmente sería privado. No cumpliría con los requisitos de validez a que se refieren los artículos 2317 y 2320 del Código Civil, que son extensivos al fideicomiso, es decir, la forma de escritura pública. Tampoco podría hacer oponible frente a terceros dicha adquisición, porque un tal documento no cumple con los requisitos de autenticidad del artículo 3005 del Código Civil para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Su título sería inoponible. Tendría que haber una escritura pública que subsanara todos esos defectos. Esa sería la gran utilidad de la escritura notarial de transmisión de propiedad en ejecución de fideicomiso.

Contra esta posición podríamos alegar una postura intermedia: dicho instrumento notarial debería ser una mera formalización de la transmisión de la propiedad que ya ocurrió en realidad por la sola designación del fideicomisario al verificarse el cumplimiento de las condiciones impuestas por el fideicomiso.³⁰ Y esta postura intermedia no encontraría más argumento en contrario que el de saber a partir de qué momento el fideicomisario esperaría que corriera el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria por vicios ocultos a que se refieren los artículos 2142 y siguientes del Código Civil. Así, este paso intermedio, aparentemente innecesario, y que dificulta la transmisión de la propiedad al fideicomisario que ya cumplió con todas las condiciones del fideicomiso, le beneficia porque el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria por vicios ocultos, comienza desde la transmisión de la propiedad en un acto nuevo y ello le da más tiempo.

6. ALGUNAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

La penúltima serie de casos que tienen interés en el cuestionamiento del efecto traslativo de la propiedad, la encontramos en algunas disposiciones particulares del testamento.

En principio, por cierto, la herencia se transmite al heredero en el momento preciso de la muerte del autor de la sucesión. Así lo establecen los arts. 1288, 1649 y 1660 del Código Civil. He aquí otra manifestación de la

³⁰ El art. 390 de la LTOC interpretado en cierto sentido, puede ser muy interesante para nuestro estudio. El fideicomisario tiene acción reivindicatoria para perseguir los bienes fideicomitidos cuando indebidamente salen del patrimonio del fideicomiso. La pregunta es ¿la acción reivindicatoria la intenta el fideicomisario para sí, en nombre propio? ¿O la acción tiene como finalidad la reintegración del patrimonio del fideicomiso en manos de la fiduciaria? Nos inclinamos por la segunda postura, aunque la primera satisface más el principio de transmisión *ipso iure* de la propiedad y es más congruente con otros textos que sostienen el mismo principio, por ejemplo, en materia de sucesiones, el art. 1650 del Código Civil.

opción por el principio de eficiencia económica del derecho. La aceptación de la herencia se retrotrae al momento de la muerte del autor de la sucesión. Aún cuando la partición no haya sido hecha, el heredero puede defender y reivindicar los bienes de la herencia antes del discernimiento del cargo de albacea.

Que la razón sea el imperativo de que ningún patrimonio puede permanecer acéfalo, o el imperativo de defender los bienes de la herencia para respetar la voluntad del testador —expresa en presencia de un testamento, o presuntiva en ausencia de este— o cualquier otra, existe en nuestro Código, tributario del Código Napoleón, una coherencia consensualista que suprime sacramentos innecesarios que antes explicaban la transferencia de la propiedad de una persona a otra.

Existen sin embargo, algunas hipótesis especiales que dificultan la aplicación de este principio. En primer lugar, haremos un rápido recuento de los supuestos en que los efectos inmediatos de la disposición testamentaria —transmisión de la propiedad, constitución de derechos reales, creación de fundaciones, etc.— se deben a la naturaleza del acto particular contenido en la disposición testamentaria (A), y en un segundo inciso, analizaremos aquellos supuestos cuyos efectos inmediatos se deben auténticamente a la muerte como acto detonador de la sucesión (B).

A. *Los supuestos en que el testador reconoce o instituye un acto jurídico que por su naturaleza tiene efectos inmediatos.*

a) *El testador reconoce una oferta de venta o de compra.*³¹

Hay que aclarar que si el testador en su testamento reconoce la existencia de un contrato de compraventa, es decir, su oferta y la aceptación del comprador, el contrato quedó formado y la propiedad se transfirió desde ese momento, caso que quedaría fuera de esta problemática.

El caso a estudio es el siguiente: Para evitar problemas entre sus herederos y alguien que pretende haber comprado un bien del testador, éste puede reconocer en su testamento, el hecho de haber ofrecido en venta a cierta persona, un determinado bien a un determinado precio. Si el testador recibe la aceptación en vida, el contrato de compraventa se habrá formado, caso que sale de esta hipótesis.

Pero supongamos que el testador muere antes de recibir la aceptación del comprador, y que éste ignoraba la muerte del testador. Siguiendo el ar-

³¹ Lo cual, el nuestro concepto, es perfectamente posible dada la redacción de la definición legal del testamento consagrada en el art. 1295 del Código Civil. El testador *reconoce un deber* en este caso.

título 1809 del Código Civil, quedarán los herederos del testador *obligados a sostener el contrato*. ¿Cómo interpretar esta última parte del art. 1809? El testador en su testamento, de manera formal, que por alguna razón no lo quiso hacer en otro documento, reconoció haber hecho una oferta de venta en la cual se manifestaron la intención de vender, la cosa, su precio y se identificó al destinatario de la oferta. El testador muere y el destinatario, sin conocer su muerte, acepta la oferta. El contrato de compraventa quedó formado con la aceptación de la compra, específicamente en el momento en que recibe por correo la aceptación en su domicilio, según la regla contenida en el art. 1807 del mismo código, o, si se trata de correo electrónico, en la bandeja de entrada del servicio de correo al que haya estado afiliado, por aplicación analógica de la misma regla, o cuando se presenta al domicilio de este en forma personal y hace saber a los herederos su aceptación de la oferta antes de enterarse de la muerte. En ese preciso momento, es cuando el contrato quedó formado y la propiedad de la cosa vendida se transmitió al comprador. En este caso, la transmisión de la propiedad se verifica por efecto del perfeccionamiento de la compraventa y no por la muerte del testador. En este caso, la muerte no juega ningún papel en la transmisión de la propiedad y el testamento sólo será un medio de prueba de la existencia de una oferta de venta hecha en vida del testador. El mismo razonamiento es aplicable a la oferta de compra hecha en un testamento y aceptada por el dueño de la cosa antes de enterarse de la muerte del testador.

b) El testador ofrece u ordena una venta.

Se trata de dos supuestos diferentes. El primer supuesto se formula en forma de pregunta: ¿Puede el testador en su testamento hacer una oferta directa de venta? En nuestra opinión, la respuesta está en la interpretación jurídica de la palabra “disposición”, porque por virtud del testamento, el testador puede *disponer* de sus bienes. Ahora bien, la cuestión es saber si la oferta de venta es un acto de disposición de bienes. Si bien, la sola oferta no enajena el bien, basta con que el destinatario haga su aceptación para que la enajenación se produzca. Consideramos que una oferta de venta sí puede ser calificada como un acto de disposición. Además, a la luz de la libertad de disposición de la que goza el propietario de un bien, y del principio de libre testamentifacción que priva en el derecho mexicano, la balanza parece inclinarse hacia una respuesta afirmativa.³² El testador podría disponer en una

³² Aunque en la práctica es más frecuente imponer al albacea la obligación de ofrecer en venta determinada cosa a determinada persona en determinado precio, o bien, imponer a los herederos la carga de realizar dicha oferta de venta.

cláusula: “Por este acto ofrezco en venta, al Señor Juan Pérez Martínez, mi casa “X” en precio de un millón de Pesos, quien tendrá un plazo de diez días contados a partir de la notificación de mi oferta que le haga el albacea, para aceptar dicha oferta...”. Si Juan Pérez declina aceptar, entonces la cosa, objeto de la oferta, se integrará al acervo hereditario y será de los herederos. Si por el contrario, acepta la oferta, la propiedad se habrá transmitido con su aceptación, siguiendo la regla del art. 1807 ya citado. ¿Cuál es la utilidad de una tal disposición testamentaria tan abrupta y tan directa? ¿Qué ventajas presenta en relación con la imposición, más frecuente en la práctica, de una obligación al albacea de realizar él, en su carácter de albacea, la oferta? ¿Qué ventajas presenta en relación con una condición o carga impuesta a los herederos, consistente en hacer dicha oferta?

La primera ventaja es que la oferta de venta hecha directamente por el testador, facilita la realización de la voluntad del testador. La oferta ya está hecha, sólo falta esperar su aceptación. La segunda ventaja es que con una tal disposición escapamos a la posibilidad de la oposición de los herederos fundada en los artículos 1717 y 1719 del Código Civil. En efecto, por regla general el albacea no puede enajenar ni gravar los bienes de la sucesión sin el consentimiento de los herederos, pero en el caso de una tal disposición testamentaria, fue el testador, y no el albacea, el que dispuso de sus bienes, si admitimos que la oferta en cierta forma una disposición de bienes. Sin perjuicio del alegato en el sentido de que la oposición de los herederos no es aplicable frente a un mandato del testador al albacea para vender u ofrecer en venta, el problema de la interpretación quedaría resuelto con la oferta directa hecha por el testador en su testamento. Lo importante es que, también en este caso, la transmisión de la propiedad se verifica por la aceptación de la oferta y no por la muerte del testador.³³

c) La constitución de una fundación.

La constitución de una fundación por testamento plantea varios problemas. El primero de ellos, que es la falta de personalidad de la fundación en tanto que persona, al preciso momento de la muerte del testador, pero este problema queda resuelto con el art. 11 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el DF.³⁴ Una adecuada interpretación de dicho numeral, nos llevaría a pensar que la misma no destruye la regla contenida en los artículos 1313 fracción I y 1314 del Código Civil dogmática y arbitrariamente.

³³ En materia fiscal, para efectos del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles, la cuestión sería determinar si hubo transmisión al heredero y luego de este al comprador, es decir, si hubo fiscalmente dos transmisiones de herencia. El art.

³⁴ En adelante simplemente LIAP.

El art. 11 de la LIAP supondría la existencia de la fundación desde el preciso momento de la muerte del testador. Sin embargo, una falta de técnica legislativa, en nuestra opinión, establece en el art. 9 de la LIAP, que la fundación no tiene personalidad jurídica sino desde la autorización de la Junta de Asistencia Privada.³⁵ Así, teóricamente tenemos que acudir a la teoría del patrimonio de afectación, con la dificultad adicional de la falta de su titular, para justificar el art. 11 de dicha ley y concebir que, entre la muerte del testador y la autorización de la Junta de Asistencia Privada, los bienes afectos a la Fundación no pertenecen a nadie; ni al testador, ni a los herederos, ni a la Fundación que aún no existe.

Más lógica sería, en nuestro concepto, la solución según la cual, la fundación, como persona moral, adquiriría su personalidad jurídica y la propiedad de los bienes afectos, con la sola muerte del testador. Tal solución sería mucho más congruente con los principios de prioridad, inmediatez e irrevocabilidad que irrigan dicho cuerpo legal y evitarían la posible rebeldía o negligencia de los albaceas en el cumplimiento de los trámites a que se refieren los arts. 8 y 15 de la LIAP.

Cuando se constituye una fundación por vía testamentaria.³⁶ La muerte del testador detona solamente el efecto de la afectación de los bienes, es decir, los sustrae de la herencia, para ser destinados a entrar en el patrimonio de la fundación, en el momento en que este exista, y a utilizarse exclusivamente para el cumplimiento de los fines asistenciales de la misma.

Como podemos ver, en este caso, ni la constitución de la persona moral, ni la transmisión de la propiedad de los bienes afectos a la asistencia privada, se detonan por la sola muerte del testador.

B. *Los supuestos en los que el testador declara, reconoce o instituye actos que deben sus efectos inmediatos a la muerte como único fundamento*

a) *La institución de heredero y de legatario.*

Este supuesto es contundente, como ya lo apuntamos, la transmisión de los bienes del difunto se verifica por su muerte, aún cuando los herederos ignoran la muerte o ignoran su calidad de herederos. Estos son, al momento

³⁵ V. ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, p. 54.

³⁶ No se trata del supuesto en que el testador impone al albacea la obligación o al heredero o al legatario la carga de constituir una fundación, sino del caso en que el testador, de manera directa constituye la fundación en su testamento. V. ARCE GARGOLLO, Javier *op. cit.*, p. 53.

de la muerte del testador, una especie de copropietarios de los bienes de la herencia. Cabe hacerse la pregunta de ¿qué efectos tiene la aceptación y la repudiación de la herencia? En nuestra opinión, mientras que el heredero no repudie la herencia, se presume heredero³⁷ y por tanto, propietario o copropietario de la masa hereditaria hasta en tanto no se haga la partición.³⁸ El repudio se retrotrae al momento de la muerte del autor de la herencia.³⁹ Por esta razón, el repudiante no tiene derecho a los frutos de la herencia obtenidos entre el momento de la muerte del autor y el momento del repudio. Del mismo modo, la aceptación de la herencia se retrotrae a dicho momento.

En este orden de ideas, es la muerte del autor de la herencia, la que detona la transmisión de la propiedad entre el causante y sus herederos. Tanto la aceptación, como la partición y la adjudicación de los bienes de la herencia, deben retrotraerse al momento de la muerte del *de cuius*.

Para sostener esta afirmación, es necesario descubrir cuál es la naturaleza del acto de la partición (1) y de la adjudicación de bienes por herencia (2).

1. *La partición de la herencia*.⁴⁰ Es el acto por el cual se atribuye a cada heredero, el bien o los bienes ya determinados que le corresponden por voluntad del testador o por sucesión legítima.⁴¹ A este acto se llega por convenio entre los herederos,⁴² o a falta de este, por determinación judicial a

³⁷ ARCE GARGOLLO, Javier, *Disposiciones Testamentarias Atípicas*, 1a. ed., México, Porrúa-Colegio de Notarios del DF, "Colección de Temas Jurídicos en Breviarios", breviario n° 62, 2011, p. 9. Ver art. 1656 del Código Civil, sobre la aceptación tácita y el art. 1659 que implica esta presunción.

³⁸ Arts. 1779 y ss. del Código Civil.

³⁹ Art. 1660 del Código Civil.

⁴⁰ El principio de inmediatez que se postula en este apartado, es aplicable también a la disolución de la copropiedad y a la liquidación de la sociedad conyugal, razón por la cual se mencionan estas tres figuras. También es aplicable a la liquidación de una sociedad en su parte final en que, después de haber cobrado activos y pagado pasivos, los socios acuerdan aplicarse el patrimonio social en la asamblea final de liquidación, aunque esta figura no se menciona en este punto por la siguiente razón. Mientras que en la partición de la herencia, en la disolución de la copropiedad y en la liquidación de la sociedad conyugal, no existe una verdadera transmisión de propiedad, en la liquidación final de la persona moral, sí existe transmisión de la propiedad porque el dominio de los bienes pasa de la persona moral, a los socios. El momento en que se transmite la propiedad es el acuerdo de liquidación en que se designan los bienes y/o cantidades de dinero que a cada socio corresponden, tomado en la asamblea final de liquidación.

⁴¹ Art. 1779 del Código Civil.

⁴² Art. 177 *in fine* de la Ley del Notariado y 862 y 863 del Código de Procedimientos Civiles, ambos del DF.

partir de la propuesta que haga el albacea.⁴³ Para los efectos de este ensayo, la partición tiene una gran importancia que puede inducir algunas contradicciones con el principio del efecto traslativo inmediato por la muerte del autor. En efecto, si suponemos que el conjunto de los bienes de la masa hereditaria se transmite a los herederos por la sola muerte del testador, como lo establece el art. 1288 del Código Civil, la partición sería una especie de disolución de copropiedad para declarar qué bien se va a adjudicar a cada heredero.

Ahora bien, existe en el medio notarial la añeja discusión sobre si la partición, o la disolución de la copropiedad implica la transmisión de la cuota de propiedad del heredero al que no le va a corresponder ese bien, en favor del heredero o copropietario al que se le va a adjudicar el bien. Para algunos, existe una verdadera permuta de derechos de copropiedad, es decir, para que yo me adjudique el bien “A” como único propietario, tengo que transmitir, al heredero o copropietario que se va a adjudicar el bien “B”, mis derechos de copropiedad sobre ese bien “B”. Para otros, la disolución de copropiedad y la partición de los bienes de la herencia, no pasan por el imperativo lógico de la transmisión de la cuota que se tiene sobre el bien que va a ser adjudicado al otro. El patrimonio común, que antes tenía dos o más titulares, ahora simplemente se parte y tiene un solo titular. Son casos en que para ser propietario único del bien que antes era común, no se tiene que enajenar o transmitir la cuota correspondiente que sobre los demás bienes se tiene. Y esta última, es la posición mayoritaria de los profesionales del notariado. Las disposiciones fiscales en la materia, se han adherido a esta posición.⁴⁴ El copropietario o el coheredero, al hacerse la partición y la adjudicación del bien que le correspondió, no está obligado a pagar impuesto de adquisición por la parte que los demás copropietarios le “enajenaron” para llegar al punto de ser propietario único, salvo demásía que reciba uno de ellos en relación con el porcentaje de derechos que tenía en la copropiedad. En nuestra opinión, el copropietario del 50% de un bien, (o cualquiera que sea su porcentaje), o de un conjunto de bienes, no enajena ni una molécula de sus derechos al otro copropietario al hacerse la partición de la copropiedad o de la herencia o de la sociedad conyugal, al otro copropietario. Cada uno pasó, de tener el 50% indiviso de un bien o de un conjunto de bienes, a tener el bien o bienes que equivale exactamente al mismo porcentaje, sólo que ya individualizado y como propietario exclusivo. No vemos dónde se produce una tal enajenación.

⁴³ Art. 865 del Código de Procedimientos Civiles.

⁴⁴ Art. 115 fracción XI del Código Fiscal para el DF.

2. *La adjudicación de los bienes por herencia.*⁴⁵ Tiene una naturaleza formal y declarativa. En realidad, la partición implica la declaración de qué parte del bien, o qué bienes dentro de una universalidad patrimonial, pertenecen a cada partícipe con el fin de individualizarlos como un paso necesario para llegar a ser el propietario exclusivo. La partición otorga a los partícipes el carácter de propietarios exclusivos. La palabra adjudicar es en este caso sinónimo de *atribuir formalmente*. En realidad, al mencionar el bien o bienes que a cada partícipe —heredero, copropietario o cónyuge— pertenece en exclusiva propiedad, estamos atribuyendo el o los bienes a cada uno de estos. La partición lleva implícita la adjudicación. Sin embargo, en la práctica notarial es más común hablar de adjudicación o aplicación de bienes, que simplemente de partición. La adjudicación de bienes por herencia, por disolución de copropiedad o de sociedad conyugal, tiene por función, más que transmitir la propiedad del bien al adjudicatario, como erróneamente se cree, la de explicitar la partición en un instrumento en el cual se van a cumplir todos los requisitos administrativos, fiscales⁴⁶ y formales,⁴⁷ de la transmisión de la propiedad que ya tuvo lugar.

En el caso de la herencia, la transmisión de la propiedad ya tuvo lugar con la muerte del *de cuius*. En la disolución de la copropiedad, no hay transmisión de la propiedad sino determinación del bien, es decir, la parte específica del bien, que ya se separó de su resto, misma que ya tuvo lugar en el convenio de partición o en el momento en que se publica la sentencia que declara dicha partición, si esta fue judicial. Y en la liquidación de la sociedad conyugal ya tuvo lugar en el convenio de liquidación o en el momento de publicarse la sentencia que resuelve la liquidación, si esta fuera judicial.

b) El legado alternativo.

El caso del legado alternativo plantea la cuestión de saber si la toma de decisión sobre el bien que será objeto del legado, implica que quien la haga debe tener como requisito previo el *dominus* de los bienes entre los que el

⁴⁵ Lo dicho en este punto es también aplicable al acto formal que se otorga, en cumplimiento del convenio o la sentencia, de disolución de copropiedad, liquidación de sociedad conyugal y liquidación de personas morales.

⁴⁶ En la adjudicación de bienes por herencia, se paga el impuesto de adquisición a que se refiere el Código Fiscal del DF.; se comprueba que el inmueble no tenga adeudos de Impuesto Predial ni de derechos por suministro de agua; se cumple el requisito legal informativo de exhibir y agregar al instrumento la reglamentación aplicable al bien en materia de desarrollo urbano, etc. requisitos legales tanto para la formalización de la adquisición, como para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

⁴⁷ Arts. 1777 del Código Civil y 868 del Código de Procedimientos Civiles, ambos el DF.

legado habrá de elegirse. En nuestra opinión, ya sea que el albacea tenga que hacer la elección, o bien, que sea el heredero quien debe hacerla, la cuestión de la propiedad de los bienes entre los cuales debe elegirse, no tiene mayor trascendencia. Sea cual sea la elección, esta se retrotrae al momento de la muerte del testador y se deberá considerar, una vez designado el bien, objeto del legado, que este se transmitió a la muerte del *de cuius* al legatario. Este caso no representa mayor dificultad.

7. LA APORTACIÓN DE UN BIEN A UNA SOCIEDAD MERCANTIL

El art. 11 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante LGSM), establece que, salvo pacto en contrario, la aportación de un bien a una sociedad mercantil se entiende traslativa de dominio a la misma. ¿La transmisión en este caso opera por mero efecto del acuerdo sobre la aportación o representa una obligación que el futuro socio debe cumplir por un acto posterior?

La naturaleza jurídica de la aportación de un bien a una sociedad mercantil, es muy similar a la de la compraventa para efectos de este ensayo. El futuro socio propone a la asamblea constitutiva que, en lugar de aportar dinero al capital, aportará un bien determinado. La contraprestación por dicha aportación, será el número de acciones del capital, que representen el valor del bien aportado, o el valor que en el acuerdo se le asigne. La única diferencia entre una compraventa y la aportación de un bien a la sociedad, es que en esta última, la transmisión de la propiedad no puede tener lugar sino a partir del momento en que la persona moral que recibe el bien, exista. Por ende, mientras que en la compraventa, la propiedad del bien se transmite por mero efecto del contrato, más específicamente, con la aceptación del contrato propuesto, en la aportación ninguna aceptación de los futuros socios tiene ningún efecto traslativo hasta que la sociedad exista. Siguiendo las reglas de la LGSM en su art. 2, la aportación tendrá efecto traslativo entonces, en el momento inscripción de la constitución de la sociedad en el Registro Público de Comercio, o bien, en el primer momento en que se exteriorice como sociedad frente a terceros. En este orden de ideas, entre la propuesta de la aportación y la transmisión de la propiedad del bien, puede pasar mucho tiempo. La propuesta no se hace a los accionistas sino en tanto que miembros del órgano supremo de la sociedad que es su asamblea. Así las cosas, antes de que la aportación pueda tener efectos, debe existir la sociedad. En el caso más extremo la aportación puede tener lugar en seguida del

acuerdo constitutivo de la misma y luego del primerísimo acto en que la misma se exteriorice como sociedad frente a terceros.

En una primera hipótesis, cuando la aportación se hace dentro del acto de la constitución, primero deben los accionistas celebrar el contrato social, en seguida, se debe hacer cualquier anuncio u oferta comercial (acto de exteriorización frente a terceros), y después, si se quiere inmediatamente, la aportación tendrá efectos traslativos de dominio. Si en esta hipótesis, el futuro accionista “A” declara: “Aporto a esta sociedad *que estamos por formar*, “X” bien...” dicho acto sólo podrá recibir la calificación de una promesa de aportación, ya que al no existir aún la persona moral, no existirá el recipiente de la oferta.

En una segunda hipótesis, la oferta puede verificarse ya una vez formada la sociedad, es decir, después de la inscripción del contrato social en el Registro Público de Comercio, o bien, después del primer acto de exteriorización, en el caso de la sociedad irregular.⁴⁸ En este segundo supuesto, la transmisión de la propiedad se verifica entre el aportante y la sociedad, por mero efecto de la aceptación de la aportación, por la mayoría calificada de los socios. En un caso extremo, en el momento en que el escrutador declara la mayoría calificada del acuerdo de aceptación. Aquí el artículo 2014 del Código Civil encuentra toda su aplicación en nuestra opinión.

Volviendo a la primera hipótesis, en que la aportación se pretende hacer o se propone antes de la existencia de la persona moral, surge la siguiente cuestión. Si la persona moral existe por cumplirse los supuestos del art. 2 de la LGSM, y la oferta de aportación se hizo antes del momento en que nació, ¿su aceptación perfecciona el contrato de aportación y la propiedad del bien se transmite?

Para resolver esta cuestión tenemos que cuestionarnos sobre la validez de una oferta unilateral hecha a una persona inexistente al momento de hacerse. Podemos, por una parte, privilegiar el peso de la voluntad del aportante y el principio moral de que la oferta debe sostenerse porque el promitente debe honrar su palabra para no defraudar las expectativas creadas en terceros. En este caso, podríamos aplicar el criterio contenido en los arts. 1860, 1861, 1862 y siguientes del Código Civil para fundar la fuerza obligatoria de la oferta de la aportación, caso en el cual si constituida la sociedad, la asamblea acepta la oferta, la aportación habrá sido hecha, salvo revocación del promitente, antes del acuerdo de la aceptación tomado en la asamblea.

⁴⁸ Para emplear la terminología de la LGSM en su artículo 2.

Podemos, por otra parte, optar por la posición según la cual, la promesa hecha específicamente a una persona determinada que no existe, no es válida, y en este caso la aceptación de la oferta por la asamblea, una vez constatada la existencia de la persona moral, no tendrá ningún efecto mas que, si acaso, el de una oferta de suscripción de acciones por aportación de un bien a la sociedad, hecha por esta misma.

Consideramos que la respuesta tiene que ver con el contenido de la oferta. Y si estamos en presencia de una oferta hecha a una sociedad inexistente, a sabiendas del oferente, debemos darle toda fuerza y efectos al momento de la aceptación por parte de la asamblea, una vez existiendo la sociedad. Si el oferente de la aportación ignoraba, al momento de hacer su oferta, que la sociedad no existía, la oferta será nula por error, salvo que se pruebe que para el ofertante, el hecho de la inexistencia o no de la persona moral al momento de hacer su oferta, le era intrascendente, es decir, que la existencia de la persona moral no era el fin o motivo determinante de su oferta.

Como podemos constatar, son rarísimos los casos en que la transmisión de la propiedad es una obligación y no es el efecto automático del acto jurídico traslativo de dominio. Sólo en el fideicomiso la transmisión de la propiedad pudiera considerarse como una verdadera obligación personal cuyo cumplimiento depende de la fiduciaria, con las dudas ya expuestas. En todos los demás casos, al menos en todas las hipótesis de la compraventa, la transmisión de la propiedad no es una obligación, sino un mero efecto del contrato o, como ya lo vimos, de otros actos o hechos que no constituyen el cumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad.

A manera de conclusión, no debemos confundir la fuerza obligatoria de un contrato como el de compraventa, y por ende, todo el vigor de la situación jurídica que crea, con la creación de obligaciones que conlleva. También los efectos no obligacionales del contrato se imponen tanto entre las partes como frente a terceros si se cumplen los requisitos de oponibilidad. Si el vendedor tiene que respetar la propiedad de la cosa vendida al comprador, es decir, el derecho exclusivo de usar, disfrutar y disponer de la cosa sin perturbarlo, no es porque la transmisión de la propiedad sea una obligación, sino porque el comprador es dueño y señor de la cosa por efecto del contrato; por la fuerza obligatoria de este.

Esta consideración abre las puertas a una nueva concepción del contrato. Tradicionalmente, al menos en la doctrina mexicana, el aspecto más estudiado del contrato es el de las obligaciones que produce a cargo de las partes. Los textos de licenciatura y los cursos que se imparten en las escuelas de Derecho son generalmente la reproducción de un catálogo de obligaciones para los contratantes según cada contrato. Las obligaciones del

vendedor y del comprador; del mandante y del mandatario; del mutuante y del mutuuario, etc. No se explica suficientemente, salvo algunas excepciones honrosas, que el contrato puede producir, además de obligaciones, una gran cantidad de efectos no obligacionales, entre ellos, la transmisión de la propiedad.