



318509
UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

1985 - 1990

"EL FIDEICOMISO
EN EL
CONTRATO DE SEGURO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MARIA NELLY ASCENSION SOTO

Asesor de Tesis.
LIC. GUILLERMO GENARO DE LA ROSA PACHECO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D.F.,

1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A ti Señor

**Por haberme dado la maravillosa
oportunidad de vivir
y con ello me allegaste a todas
las personas que directa o indirectamente
contribuyeron en la realización y conclusión
de esta meta**

Por ser mi sosten

Por ser mi TODO

A ti Mamá

**Por que nunca claudicaste
y no me permitiste hacerlo**

Al Rvdo. Esteban Martínez de la Serna

**Por haber sido un instrumento del Señor
por toda su ayuda**

Al Dr. Carlos Casillas V.

Por su apoyo incondicional

A mis hermanos

Por su paciencia y amor

INDICE

CAPITULO I EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Origen.....	1
Trust.....	7
Naturaleza Jurídica.....	10
La Relación Jurídica.....	11
a) Sujetos.....	12
b) Objeto.....	13
c) Términos del Trust.....	13
Clasificación.....	14

CAPITULO II EL FIDEICOMISO MEXICANO

Proyecto Creel.....	17
Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.....	18
Proyecto Vera Estañol.....	19
Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.....	21
Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.....	23
Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.....	23
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.....	24
Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.....	24
Nacionalización Bancaria.....	25
Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.....	26
Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1984.....	26
Reprivatización de la Banca.....	27
Ley de Instituciones de Crédito de 1990.....	28
Fuentes de la Legislación.....	28
Concepto Legal.....	29
Naturaleza Jurídica.....	30
Naturaleza Jurídica del Fideicomiso.....	30
Negocio Jurídico.....	31
La Doctrina del Negocio Fiduciario.....	34
El Fideicomiso y la Manifestación Unilateral de la Voluntad.....	35
La Declaración Unilateral de la Voluntad como Fuente de las Obligaciones.....	35
Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano.....	39

Sujetos.....	41
Obligaciones de los fiduciarios.....	41
Facultades del fiduciario.....	42
Derechos y obligaciones del Fideicomitente.....	42
Obligaciones del Fideicomitente.....	43
Derechos y Obligaciones del Fideicomisario.....	43
Extinción del Fideicomiso.....	44
Diversos tipos de extinción.....	45
Causas de extinción conforme a la Ley.....	45
Causas de extinción conforme a la Voluntad de las Partes.....	47
Efectos de la terminación.....	48

CAPITULO III LA RELACIÓN FIDUCIARIA

Elementos.....	50
Sujetos.....	50
El Gobierno Federal como Fideicomitente.....	51
Bancos Múltiples.....	52
Objeto.....	56
Requisitos.....	57
Licitud.....	57
Constitución.....	58
Nacimiento de la relación.....	58
Delegados fiduciarios.....	59
Obligaciones, Facultades y Derechos del Fiduciario.....	60
Inscripción.....	60
Obligaciones respecto al Objeto.....	61
a) Control y conservación de los Bienes.....	61
b) Registros contables.....	61
c) Separación e Identificación de Bienes.....	62
d) Cuidado y Pericia.....	62
e) Productividad e Inversiones.....	62
f) Diversificación.....	63
g) Acciones judiciales.....	64
Obligaciones respecto a las partes.....	64
a) Ajustarse a las instrucciones.....	64
b) No delegar.....	65
c) Lealtad e imparcialidad.....	65
d) Avisos y notificaciones.....	66
e) Suministro de informes.....	66
f) Secreto profesional.....	67
g) Llevar y rendir cuentas.....	67

Obligaciones respecto a terceros.....	67
a) Autoridades supervisoras.....	67
b) Estados mensuales y Balance general.....	68
c) Autoridades fiscales.....	68
Prohibiciones.....	69
a) Fideicomisos de Inversión.....	69
b) Operaciones Interdepartamentales.....	70
c) Operaciones por cuenta propia.....	70
d) Operaciones ajenas a su función.....	70
e) Préstamos a funcionarios.....	71
Limites de Operación.....	72
a) Proporción entre responsabilidad y capital.....	72
Facultades y Derechos.....	73
Actos de dominio.....	74
a) Facultad de enajenar, permutar y donar.....	74
b) Facultad de obtener créditos y gravar.....	75
c) Facultad de transigir, comprometer en árbitros y desistirse.....	75
d) Actos de administración.....	75
e) Facultad de arrendar.....	75
f) Reparaciones y mejoras.....	76
g) Empleo de auxiliares.....	76
h) Facultad de erogar.....	76
i) Pleitos y cobranzas.....	77
Honorarios.....	77
Publicidad de servicios.....	78
Excusa y renuncia.....	78
Supervisión Estatal.....	79
Comisión Nacional Bancaria y de Valores.....	79
Sanciones.....	80
Derechos y Obligaciones del Fideicomitente y del Fideicomisario.....	81
Derechos del fideicomitente.....	81
a) Designación de varios fideicomisarios.....	81
b) Designación de varios fiduciarios.....	81
c) Reserva de derechos.....	81
d) Supervisión del fideicomiso.....	82
e) Requerimiento de cuentas.....	82
f) Remoción del fiduciario.....	82
g) Quiebra.....	83
h) Separación.....	83
i) Transmisión de derechos.....	83
j) Novación.....	84
k) Revocación.....	84
l) Terminación por convenio.....	84
m) Reversión de los bienes.....	85
Obligaciones del Fideicomitente.....	85

a) Pago de honorarios y gastos al fiduciario.....	85
b) Sancamiento para el caso de evicción.....	86
Derechos del Fideicomisario.....	86
a) Cumplimiento del fideicomiso.....	87
b) Protección de los bienes.....	87
c) Anulación de actos del fiduciario.....	87
d) Reivindicación de los bienes.....	88
e) Requerimiento de cuentas, exigencia de responsabilidad y remoción del fiduciario.....	88
f) Transmisión de derechos.....	88
g) Terminación del fideicomiso.....	89
h) Renuncia.....	89
Varios fideicomisarios.....	89
Extinción del derecho del fideicomisario.....	89
Obligaciones.....	90
Pago de honorarios y gastos.....	90
Comité Técnico.....	91
El Comité Técnico en los fideicomisos privados.....	92
El Comité Técnico en los fideicomisos públicos o gubernamentales.....	94
Concepto de Comité Técnico.....	95
Responsabilidad del Comité Técnico.....	96
Responsabilidad del fiduciario.....	97

CAPITULO IV EL CONTRATO DE SEGURO

Concepto.....	99
El Seguro.....	100
1. Teoría de la indemnización.....	100
2. Teoría de la necesidad.....	102
a) La necesidad.....	102
I. Su origen.....	103
II. Sus caracteres.....	103
b) La mutualidad.....	106
c) Pluralidad de existencias económicas.....	107
d) Analogía de los peligros.....	108
I. Concepto.....	108
A) De contrato.....	108
B) Contrato de Seguro.....	108
2. Caracteres y Principios Básicos.....	109
3. Elementos Materiales.....	110
A) El Riesgo.....	110
B) La Prima.....	111

C) El Siniestro.....	114
D) La Indemnización	115
Elementos del Contrato de Seguro.....	117
Elemento Subjetivo.....	117
Asegurador.....	117
Asegurado.....	118
Del Riesgo.....	119
I. Dominio del riesgo.....	119
A) Riesgo especulativo.....	119
B) Riesgo puro.....	119
II. Delimitación del riesgo.....	120
III. Gradación del riesgo.....	121
IV. Clasificación del riesgo.....	122
V. El riesgo y sus soluciones.....	124
a) Medidas preventivas.....	125
b) Medidas compensatorias.....	127
La Distribución de los Riesgos.....	128
El Conseguro y el Reaseguro.....	128
I. El Coaseguro.....	128
a) La naturaleza.....	128
b) Relaciones.....	128
c) Ventajas.....	129
d) Peligros.....	131
II. El Reaseguro.....	132
a) La naturaleza.....	132
b) Funciones del reaseguro.....	133
c) Importancia del reaseguro.....	134
d) Definiciones.....	135
e) Delimitación del reaseguro.....	136
Clases de Seguro.....	143
Clasificación General de los Seguros (Operaciones).....	143
A) Seguros de Vida o sobre las Personas.....	143
B) Seguros de Accidentes y Enfermedades.....	143
C) Seguros de Daños (o Patrimoniales).....	143
Los Ramos del Seguro Privado.....	144
Los Seguros de Vida.....	144
A) Concepto general.....	144
*Seguro en caso de vida.....	145
*Seguro en caso de muerte.....	145
B) Seguro para Caso de Vida (o de Supervivencia).....	145
*De Capital Diferido.....	145
*De Renta Vitalicia Inmediata.....	145
*De Renta Diferida.....	145
*De Capitalización.....	146
C) Seguro para Caso de Muerte (o Seguro de Riesgo).....	146

*De Vida Entera.....	146
*Temporal (o a Término).....	146
D) Seguro Mixto.....	147
E) Garantías Complementarias.....	147
F) Otros Conceptos Propios del Seguro de Vida: Valores Garantizados.....	147
G) Otras Clasificaciones de los Seguros de Vida.....	148
Los Seguros de Accidentes y Enfermedades.....	148
Ramo Patrimonial (Daños).....	149
A) Ramo de Incendio.....	150
B) Ramo de Responsabilidad Civil.....	150
C) Ramo de Automóviles.....	151
D) Ramo Agrícola.....	152
E) Ramo de Crédito.....	153
F) Ramo de Transportes.....	153
G) Ramo de Diversos.....	155
Otras Clases de Seguros.....	157
A) Según el número de asegurados.....	158
B) Según la valoración que se dé al interés asegurado.....	158
C) Según el Grado de Libertad que Exista en su Contratación por Parte del Tomador.....	159
D) Según la Importancia de los Riesgos Cubiertos por la Póliza.....	159
E) Según que incluya la Cobertura de un Solo Riesgo o de Varios con Distinta Naturaleza.....	160
F) Según la Calidad Personal en que se Contrata.....	160
Inexistencia, Nulidad y Rescisión en el Contrato de Seguro.....	160
1. Inexistencia.....	160
2. Nulidad y Rescisión.....	161
A) Desaparición del Riesgo.....	161
B) Omisión o Inexacta Declaración de los Hechos necesarios para valorar el Riesgo.....	162
C) Agravación del Riesgo.....	164
D) Cambio de Propietario.....	165
E) Falta de Pago de la Prima.....	165
F) Pacto Comisorio Expreso (Seguro de Grupo y Colectivo).....	165

CAPITULO V

EL FIDEICOMISO EN EL CONTRATO DE SEGURO

Administración de Operaciones

REGLAS para la administración de las operaciones a que se refieren las fracciones III y IV del artículo 34 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.....	167
El Fideicomiso operado por Compañías de Seguros.....	178

Reformas.....	178
Antecedentes de las Reformas a esta Ley.....	179
Características de dichas Reformas.....	181
El Fiduciario en la Legislación de otros países.....	182
Ventajas y Desventajas de que la Actividad Fiduciaria se realice por Instituciones distintas a las de Crédito.....	183
Obligaciones para las Instituciones Fiduciarias distintas a los Bancos.....	184
CONCLUSIONES.....	187

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El trust moderno se desarrolló del antiguo *use* que consistía en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario o *cestui que use*.

El terrateniente inglés ponía sus tierras en uso para lograr diferentes objetivos, ya fueran lícitos, pero que el orden jurídico no reconocía, o francamente fraudulentos, y que requerían una interpósita persona. En la primera categoría nos encontramos que la práctica más usual, es hacer testamento por vía de uso surgida en virtud de que el derecho regulador del régimen de las tierras, en la cual a la tenencia feudal se consideraba como una relación personal, prohibían las transmisiones testamentarias. Por otro lado de conformidad con el Common Law se encontraba prohibida legalmente la transmisión de bienes del marido en favor de su esposa, prohibición que logró eludirse enfeudando a otras personas que a su vez enfeudarían en favor de ambos cónyuges, quienes así poseerían para sí mismos y para sus herederos. La tercera categoría comprendía los casos de evasión a las leyes de manos muertas, que lograban hacer posible la donación de tierras a las fundaciones eclesiásticas.

ORIGEN

El origen preciso de los usos constituye uno de los problemas más controvertidos, mismo al cual aún ahora no se ha podido encontrar una solución, dentro de la Historia del Derecho Inglés. Hipótesis en conflicto le atribuyen origen romano, germánico, aborigen e incluso se ha llegado a pensar que su origen no puede atribuírsele a cultura alguna en particular.

1) Romano, Durante el siglo XIX la idea generalizada sostenía que el uso era la contrapartida del usufructo o del fideicomiso, sin embargo un buen número de autores, durante el último tercio del siglo pasado, comparten la opinión de que el antiguo *use* había sido el modelo del uso.

“ El fideicomiso, dentro del Derecho Romano, normalmente se utilizaba con el único fin de permitir que ciertas personas que no tenían capacidad para heredar pudieran ser favorecidas por la voluntad del dueño de la cosa, para disfrutar *post mortem* de la misma.

Así el doctor Margadant señala que en el fideicomiso romano, el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero.

Este Fideicomiso se realizaba en forma verbal, con absoluta libertad y la base del mismo era la buena fe del fiduciario, la ausencia de la cual no tenía sanciones jurídicas. De él se ha dicho que era para favorecer a personas que no tenían *la testamenti factio passiva* o para burlar a la Lex Falcida “¹

Señala Margadant² que con mucha frecuencia los fiduciarios deshonestos no cumplían en Roma con el encargo, pues “ el dinero valía más que la buena reputación “; esta situación provocó escándalo por lo que Augusto encargó a sus cónsules que vigilarán el cumplimiento de los fideicomisos y desde Claudio dos pretores especiales se ocuparon de las gestiones fideicomisarias.

El fideicomiso sufrió con el curso del tiempo, como era natural, toda clase de restricciones, análogas a las que existieron en relación con herencias y legados.

Es fácil apreciar que en el derecho romano, el fideicomiso operaba con limitaciones y no era un instrumento flexible para el tráfico jurídico, fué también utilizado en cierta forma, en sus orígenes, para burlar la ley y para evitar problemas de transmisión hereditaria y nada tiene en común con el fideicomiso moderno.

2) Germánico, el antecedente germánico del uso se encuentra en el *treuhand* o *salman*, primitivo albacea a quien se transmitían los bienes inmuebles en vida del dueño para que a su muerte cumplieran los fines previstos.

En opinión de Bogert,³ en la ley germánica, *el saman* equivale a la figura del *feoffe to uses* de la temprana estructura inglesa del *use*. El *salman* era una persona a la que se transmitía la tierra con el fin de que pudiera a su vez traspasarla, de acuerdo con las instrucciones del donante.

No parece haber mayores estudios sobre esta institución de derecho germánico que, además, no tuvo la evolución impresionante ni la utilización tan general que en Inglaterra habrían de tener el *use* y el *trust*.

¹Jorge Piña Medina Antecedentes Históricos del Fideicomiso México, 1982 p. 2 apud Guillermo Floris Margadant S., *Derecho Romano*, décima edición de., Editorial Esfinge, S.A. México, 1981, pp. 501 y 502

²Guillermo Margadant, op. cit. pp. 502 y 503

³Jorge Piña Medina Antecedentes Históricos del Fideicomiso México, 1982 p. 8 apud George Gleason Bogert. *The Law of Trusts and Trustees. A treatise Covering The Law Relating to Trusts and Allied Subjects affecting trusts Creation and Administration*. Second Edition, West Publishing Co., ST Paul Minn, 1965, vol. Y, secciones 2 a 8, pp. 9 a 13

3) Aborígen, El uso nació de las reglas del common law relativas al mandato, pero un mandato carente de formalidades utilizado en un principio para bienes muebles y que vino a cristalizar cuando la práctica fue extendida a los inmuebles. Se considera que el uso representa una característica del derecho inmobiliario inglés, de manera que cuando el canciller concede su protección al beneficiario de un uso, se limitaba a reconocer y dar efectos, a una relación antigua, común y bien entendida. A juicio de algunos autores, el uso fue un producto del sistema jurídico inglés, consecuencia lógica de que "la equidad actúa sobre la conciencia", y estimaba que el canciller al sancionar su exigibilidad jurídica, se guiaba en cierta forma por las antiguas acciones de account y detinue del common law.

4) Indeterminado, La concepción básica del uso aparece en diversos sistemas jurídicos, aunque la práctica pueda en ciertos detalles mostrar diferencias considerables, cuando diversas personas se encuentran ante la absoluta imposibilidad de gozar de las ventajas esenciales de la propiedad y otras tropiezan con dificultades o inconvenientes para ello, el jurista debe encontrar una solución, y al igual que durante la época de Augusto, el jurista romano desarrolló el fideicomiso, el jurista inglés de la Edad Media desarrolló el uso; al funcionario y al ordenamiento que lo protegiera.

Como muy bien lo afirma Scott⁴, el *use* y el *trust* no surgieron a la vida real perfectamente definidos, pues hubieron de pasar centenas de gestiones antes de que devinieran instituciones legales y centurias de crecimiento y evolución, antes de que estas instituciones tomarán su lugar, como figuras centrales del sistema de equidad.

A nuestro modo de ver el *use*, posteriormente *trust*, conjuntamente con el sistema de jurisdicción de equidad, fueron instituciones que, a virtud de una simbiosis operada a través de siglos, fueron perfilando sus características definitivas.

Dentro del desarrollo del *trust*, encontramos cuatro períodos de desenvolvimiento del mismo, primero el *use* y con posterioridad el *trust*, en efecto no nacieron de improviso como instituciones acabadas, sino que crecieron en forma gradual; siglos de gestación transcurrieron antes de que el *trust* se convirtiera en institución jurídica y siglos de desenvolvimiento antes de que ocupara la posición central del sistema de equidad. El primer período se inicia con el primitivo empleo de los usos y continúa hasta comienzos del siglo XV, época en que reciben la sanción del canciller, el segundo período se extiende hasta la promulgación de la Ley de Usos en el siglo XVI.

⁴Op. cit. apud. Scott Austin Wakeman, *The Law of Trusts*. Third Edition . Little Brown And Co., Boston-Toronto, 1967, vol 1, pp. 3 a 26

el tercero alcanza los finales del siglo XVII y marca la nueva etapa del derecho de *trust*, y el cuarto y último período comprende el desarrollo del *trust* moderno.

a) **Primer Período.** No ha podido determinarse el momento exacto en que los usos hacen su aparición en Inglaterra, sin embargo algo es definitivo, el que su empleo había sido frecuente mucho tiempo antes de que fueran jurídicamente exigibles. Tal vez su primera utilización haya ocurrido en el siglo XIII como resultado de las transmisiones de tierras para el uso de los frailes franciscanos a quienes las reglas de la orden, prohibían en lo individual o comunamente, la propiedad de bienes. Como ya se dijo⁵, las organizaciones religiosas no poseían tierras pues esto estaba prohibido por el *Statute of Mortuains (Estatuto de Manos Muertas)*. No obstante esta prohibición existían personas caritativas que deseando donar sus tierras a la Iglesia lo hacían mediante el *use*, y así una orden religiosa podía obtener los beneficios de esas tierras, aunque no la propiedad; Bogert⁶ indica que en opinión de algunos profesores los grupos religiosos fueron los primeros en utilizar el *use* extensivamente y de manera tal que en la Inglaterra Medieval, resultó muy popular como medio de defensa clasista.

Para principios del siglo XV la mayor parte de las tierras estaban sujetas al régimen de los usos; el uso fue también utilizado por los cruzados que partían a tierra santa y más tarde para eludir represalias políticas. Durante ese período los usos consistían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre. El beneficiario carecía de derechos protegidos por el orden jurídico. Por lo que el parlamento se vio en la necesidad de legislar para impedir que los usos sirvieran a propósitos abiertamente contrarios al orden público, y en 1376, prohíbe las transmisiones en fraude de acreedores por las que una persona se reservaba el uso de la cosa. Al año siguiente promulga una ley que sancionaba con nulidad los actos en que el despojaante de tierras transfería a lords u otros magnates o a personas desconocidas para su propio uso, imposibilitando o dificultando así la restitución al verdadero dueño; en 1391 amplía la aplicación de las leyes de manos muertas que decretaban a favor del soberano, la confiscación de tierras transferidas a corporaciones religiosas, para cubrir la situación en que la transmisión se hiciera al uso de dichas corporaciones.

b) **Segundo período.** Desde fines del siglo XIV y comienzos del XV, empiezan a llegar a la cancillería y al consejo del rey numerosas quejas contra *feoffes* infieles que, por no implicar

⁵Jorge Piña Medina, Op. cit. p. 10

⁶Op. cit. apud. George Gleason Bogert. *The Law of Trusts and Trustees. A treatise Covering The Law Relating to Trusts and Allied Subjects affecting trusts Creation and Administration.* Second Edition, West Publishing Co., ST Paul Minn, 1965, vol. Y, secciones 2 a 8, pp. 9 a 13

incumplimiento a las obligaciones jurídicas, escapaba al conocimiento de los tribunales del common law. Pero la violación a la fe guardada, cometida por los prestanombres provocaba en el cauciller, alto dignatario eclesiástico, el deseo de hacer justicia y fue así como desde mediados del siglo XV interviene para obligar a los *feoffes* a la observancia de sus obligaciones.

Durante esa etapa de su desarrollo los usos fueron de la exclusiva competencia de la equidad y vistos con actitud liberal. Para efectos prácticos diversos, los caucilleres consideran a los usos como derechos reales de equidad y no como simples derechos de crédito, aplicándoles por analogía algunas de las reglas del common law relativas a la propiedad. A diferencia de los derechos de crédito, se estimó que los usos eran susceptibles de cesión, previéndose además que quienes reclamaran los bienes invocando el derecho legal de *feoffe*, tales como el comprador con conocimiento del uso, el albacea, el heredero, y cualquier adquirente a título gratuito, quedando subordinados al uso.

Aún cuando los usos eran considerados como si fueran derechos de equidad, el empleo de los mismos tendía en general a eludir la aplicación de las normas del common law. Los caucilleres permitieron los *shifling* y los *springing uses* (usos cambiantes y emergentes), contradictorios de dichos principios, aparte de que la creación de los usos se celebraba sin las solemnidades del *livery of seisin*, esencial para la constitución de derechos legales.

En el transcurso de este período los usos fueron con frecuencia utilizados por los ocupantes de tierras a fin de hacer nulos los privilegios feudales de los señores, los llamados incidentes de la tenencia.

Los usos sirvieron también como una forma de transmisión testamentaria de bienes inmuebles, prohibida por el régimen feudal. Por otro lado se recurre a las enfeudaciones para el uso de incapaces de adquirir por herencia.

A principios del siglo XVI, *uses* y *trusts* trajeron aparejados ciertos inconvenientes y fraudes, incluso el disgusto de la Corona, ya se ha mencionado que entre los objetivos principales que se tuvieron en cuenta para su introducción está el de relevar de cargos feudales a los ocupantes de tierras, y permitir que las órdenes religiosas tuvieran el beneficio de la tierra para una mayor libertad en la transferencia de los bienes muebles. Mas en mi opinión se presentaron reparos y objeciones contra los *uses* porque eran medios para defraudar acreedores, a herederos, a

compradores y desde luego a los señores feudales que veían de este modo perder sus derechos; pero especialmente la corona que también perdía derechos en su calidad de lord.⁷

c) Tercer periodo, a fines del siglo XVII, se había suscitado una fuerte oposición contra los usos, era evidente que constituían un fácil expediente en fraude de acreedores y que las ventajas que representaban en beneficio de ciertas personas se traducían en perjuicio de otras. De ahí que fuera Enrique VIII, quien con mayor energía instigara la supresión de los usos, lo que vino a culminar con la promulgación de la Ley de Usos en el año de 1535, esta ley representa la contribución más trascendental realizada por el legislador al derecho privado inglés; en el preámbulo describía con amplitud los múltiples males ocasionados por el empleo de los usos el despojo de los herederos de sus legítimos derechos; las cesiones secretas en fraude de acreedores y de adquirentes, la privación a los señores de sus derechos de *guarda matrimonio, ayuda, reversión y confiscación*, la burla al rey de su derecho a los bienes de condenados por felonía, la usurpación del goce de las tierras inglesas por extranjeros, y en general resumía el preámbulo muchos otros inconvenientes que habían surgido y que diariamente aumentaban entre los súbditos que causan gran preocupación e inquietud y la completa subversión al antiguo common law de este reino.

La solución de la ley no decretó la ilegalidad de los usos, sino que adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso. Así pues los usos no fueron prohibidos, conforme al tecnicismo legal quedaban tan solo ejecutados, esto es, hacía el beneficiario, dueño legal, que dejaba de tener un derecho de equidad, para convertirse en único dueño en tanto que el *feoffee to use* venía a ser por completo eliminado. El efecto inmediato de la Ley de usos pareció haber sido satisfactorio para el rey, pero los tiempos difíciles que sucedieron a la lucha entre Carlos I y sus súbditos provocaron un nuevo estímulo a la creación de los usos, para entonces era evidente que la ley no comprendía ciertas situaciones.

d) Cuarto Periodo de fines del siglo XVII a la época contemporánea. Pudo haberse pensado, que la Ley de Usos acabaría por proscribir las prácticas abusivas que enumeraba, y que de ahí en adelante no sería posible la escisión entre el título legal y el interés o derecho de equidad, sin embargo los acontecimientos posteriores demostraron que la ley no había logrado una extirpación total y que todavía era factible el desdoblamiento o la separación entre el derecho legal y el derecho del beneficiario,⁸ por estimarse que el uso no había sido ejecutado. Se trataba de los usos

⁷Jorge Piña Medina . Op. cit. pp. 19

⁸Rodolfo Batiza, El Fideicomiso. Teoría y Práctica, México. 1991. Ed. Jus p. 41 apud. Harold Potter; *An Introduction to the History of Equity and its Courts*. Sweet & Maxwell, Ltd. London 1941.p. 89

constituidos sobre derechos cuya duración se subordinaba a un término, a los cuales se les conocía como *leaseholds*. Por otro lado estaban los bienes muebles susceptibles de transmitirse por testamento o en forma verbal que no habían caído dentro del régimen de los usos, y en cuanto a los derechos de crédito su transmisión era ilícita a la luz del derecho estricto, todo lo cual vino a determinar que los bienes muebles no hubieran quedado dentro de la esfera de aplicación de la ley. Había una tercera situación, la de un uso constituido sobre otro uso, o sea cuando una cosa se transmitía a una persona para el uso de otra, es decir, para uso de una tercera por efecto de la Ley de Usos, la primera adquiría el título legal, careciendo la segunda de todo título.

Una situación aparte era la relativa a las corporaciones que careciendo de conciencia, se reconocía que no podían poseer para el uso, de ahí que la ley tampoco fuera aplicable, si el uso se encomendaba a una corporación aunque cuando figuraba como beneficiario se disponía a lo contrario.⁹ Por último al referirse el texto de la Ley a transferencias para "el uso de otra persona" dejaba fuera de su ámbito a la hipótesis del uso establecido en favor del mismo poseedor dominical.

La amplitud de las situaciones antes descritas que la Ley de usos no cubría, el auge creciente de la riqueza mobiliaria, por lo que hicieron inevitable que el canciller viniera a dar efectos jurídicos a negocios semejantes a los antiguos usos, conocidos más tarde con el nombre de *trust*.

TRUST

Concepto, una de las primeras definiciones que según se ha afirmado sigue gozando de autoridad, es la propuesta por Coke, el *uso o trust* de tierras¹⁰, consistía en la confianza depositada en otro, que no emanaba de la tierra, sino como algo accesorio ligado por un vínculo privativo al derecho sobre ella existente y a la persona en posesión, por virtud de la cual el beneficiario no dispone de otro recurso que la orden de comparecencia ante la cancellería.

La definición anterior ha sido hecha más accesible por Keeton al analizarla en sus diversos elementos, delimitando su sentido y alcance. El que el *trust* este ligado por vínculo privativo al derecho existente sobre la tierra, quiere decir que su subsistencia, esta sujeta a la variedad

⁹Potter, op. cit. p. 90

¹⁰Cit. por varios autores, entre otros, George W. Keeton.: *The Law of Trusts*. Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd. Ninth edition, London, 1968., p.3

particular de tal derecho, del cual depende el interés del beneficiario. El *trust* está vinculado también a la persona, lo que trae por resultado que si su cumplimiento tiene que exigirse judicialmente contra el dueño del derecho legal, debe probarse en alguna forma que el está obligado por el conocimiento de la equidad del beneficiario, de ahí que el adquirente de buena fe y a título oneroso, reciba la cosa libre de todo gravamen.

Maitland le opone dos argumentos principales: llamar "confianza" al *trust*. para nada ayuda en el esclarecimiento de su naturaleza; además, se plantea la duda de si, en efecto, siempre que existe un *trust* hay de por medio la confianza que alguna persona deposita en otra. Esto puede ocurrir en la mayoría, pero no en todos los *trusts*, cuando el *cestui* no ha nacido o desconoce su existencia, no puede hablarse, en el sentido amplio del término, de que ha depositado su confianza en el *trustee*, y lo mismo puede decirse en cuanto al creador del *trust* y de los beneficiarios en el caso del *trust* que nace por ministerio de ley.¹¹

No hay duda de que el *trust* posee ciertas características que lo asemejan al contrato, acentuadas sobre todo en el caso de la categoría de contratos conocidos por depósitos, en general, con referencia a ellos, frecuentemente se habla de *trust* y resulta casi imposible distinguir el de "positum bailment" de lo que a veces se denomina *trust simple*, debiendo observarse también que es usual designar al depositario como *trustee*.

Históricamente existe una distinción profunda entre contrato y *trust*; aquel es creación del derecho estricto, este de la equidad; es de desearse, por tanto, que la definición del *trust* quede limitada en tal forma que impida la confusión, en particular con el depósito, así como en general con las demás especies de contratos, dado que no satisface el establecer como base de distinción, algo que solo representa una cuestión histórica.

Underhill observó dos distinciones de la clase buscada: el *trust*, independientemente de como haya sido creado, es susceptible de exigirse de manera absoluta contra el *trustee*, sea que se haya o no otorgado, en tanto que el contrato, salvo que sea bajo sello, no es susceptible por regla general de exigirse al obligado a menos de mediar consideración. El contrato, efectivamente, no es exigible por quien no haya sido parte de él, en contraste con una de las características más notables del *trust*, consistente, en que siempre podrá exigirse por la persona en cuyo beneficio fue constituido, a pesar de que, por lo común, no haya sido parte en su creación.

¹¹Rodolfo Batiza. *El Fideicomiso, Teoría y Práctica*. México. 1991. Ed. Jus. p.45 apud. Maitland.F.W. *Equity a Course of Lectures*. Revised and annotated by John Bruyare. Cambridge University Press, 1949,p. 23

Habiendo trazado así la línea divisoria entre el *trust* y contrato, los demás rasgos distintivos de aquel pueden, para Hart, resumirse como sigue:

Primero, la palabra *trust*, en el lenguaje usual, sin lugar a dudas implica confianza, pero se ha demostrado que dicha noción no es esencial en la actualidad para lo que los juristas quieren significar por *trust*, ya que éste implica también obligación, que aún cuando en una época fue tan solo de orden moral, desde hace algún tiempo se ha transformado en jurídica, por lo que ahora todo *trust* es exigible ante los tribunales.

Segundo, la obligación es de aquellas que pueden ser impuestas en forma explícita por cada una de las partes, como en el caso de los *trust* expresos o declarados o que pueden imponerse por ministerio de ley, como en los *trust* implícitos o interpretativos.

Tercero, las obligaciones que surgen del *trust* solo pueden existir en relación con el objeto de un derecho de propiedad.

Cuarto, la obligación implica una separación entre el completo control de los bienes a que se refiere y el completo interés beneficiario sobre los mismos. Por último, la obligación es de origen equitativo, misma característica que se torna totalmente histórica, a partir de la fusión del common law y equity, realizada por las Leyes de la Judicatura.¹²

Concluye Hart, las notas fundamentales que la definición debe expresar son:

1. Una obligación que puede ser impuesta expresamente o por implicación de la ley;
2. La restricción de la obligación al manejo de bienes, sobre los cuales el obligado tiene control;
3. La separación sobre el control de los bienes y la integridad del derecho beneficiario sobre estos, en el concepto de que el obligado puede ser una de las personas que gocen de tal derecho;
4. La capacidad de cualquiera de las personas interesadas beneficiariamente para, exigir la obligación.

¹²Op. cit. ps. 300, 301.

Los elementos descritos anteriormente pueden conjugarse para formular la definición siguiente: " El *trust* es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley; en virtud de la cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exigir la obligación".¹³

Sin embargo se afirma categóricamente que aún cuando ha habido una unificación de tribunales en donde antes existía dualidad y aún multiplicidad, no se ha logrado la fusión entre el common law y equity y que ambos sistemas preservan su identidad respectiva, sus principios característicos y sus finalidades propias. La distinción, en consecuencia, es no solo de orden histórico sino conceptual. Para concluir con el tema de la definición del *trust*, mencionaremos por último la de mayor autoridad doctrinaria en los Estados Unidos: El *trust* es una relación fiduciaria con respecto a bienes que sujeta a la persona que tiene el título sobre ellos a obligaciones de equidad para manejarlos en beneficio de otra, y que surge como resultado de la manifestación de voluntad para crearla.

Powell sostiene que la idea fundamental que sustenta al concepto de *trust*, descansa sobre una base esencial simple, que consiste en la escisión de un derecho de propiedad; por lo que hace a su administración y a su provecho económico de acuerdo con ella, una o varias personas tienen la propiedad de ciertos bienes, mismos que administran en beneficio de otros o para un bien preestablecido.

NATURALEZA JURÍDICA

La peculiar naturaleza jurídica del *trust* es resultado del hecho histórico de que en Inglaterra en el siglo XV y durante los cuatro siglos siguientes, los tribunales de derecho estricto y los tribunales de equidad, existían como entidades separadas e independientes.

El derecho de equidad impone deberes en el demandado, de ahí la máxima la "equidad actúa sobre la persona", de la cual provino la situación especial de que una persona a la que correspondía el título legal en bienes determinados pudiera, no obstante ser constreñida a ejercitar sus derechos en beneficio de otra. Si las cosas hubieran quedado así nada extraordinario tendría el *trust*, sin embargo los tribunales de equidad fueron más allá de la simple imposición de deberes u obligaciones personales, a quien tenía el título sobre la cosa y confirieron a favor del beneficiario

¹³Op. cit. p. 301

un derecho sobre ella. La consecuencia de lo anterior ha sido algo único, una forma dual del derecho de propiedad, en el que de una parte está el *trustee*, a quien corresponde el título legal; de otra, el beneficiario, quien tiene la propiedad de equidad.¹⁴

En el derecho inglés los cancilleres elaboraron un verdadero sistema de propiedad equitativa, antes de que finalizara el siglo XV, fue anunciada la protección de los derechos del beneficiario frente a los compradores que tuvieran conocimiento de su derecho, frente a los herederos del *trustee*, así como frente a los adquirentes a título gratuito. Por otra parte aún cuando el sistema de propiedad equitativa compartía en diversos aspectos, características de la propiedad legal, en otros se diferenciaba de esta, en forma acentuada. Las doctrinas de la tenencia se diferenciaban del derecho de equidad, por lo cual el *cestui que trust* no estaba sujeto a las antiguas cargas feudales; los tecnicismos de la posesión dominical, que prohibían la superposición de derechos sobre la misma cosa o su solución de continuidad, tampoco regía para el derecho de equidad.

LA RELACIÓN JURÍDICA

El *trust* es una relación de naturaleza fiduciaria con respecto a bienes, que aparte de implicar obligaciones de carácter personal, presupone la existencia de obligaciones de equidad impuestas sobre la persona investida del título legal, a efecto de que, al manejar los bienes, se conduzca en beneficio de otro.

El *trust* consiste en su conjunto, en el instrumento o mecanismo jurídico, en la relación que liga a las partes con referencia a bienes determinados que son su objeto y que comprende, no tan solo las obligaciones del *trustee* frente al beneficiario y frente a terceros, sino también los derechos y privilegios, las facultades e inmunidades del beneficiario frente al *trustee* y a terceros.

La relación entre el *trustee* y el beneficiario es de naturaleza fiduciaria, implicando por ello la obligación de actuar para el provecho de otro. La relación fiduciaria lleva implícita, ciertas consecuencias relativas a los actos que las partes pueden celebrar y que se producen automáticamente y de pleno derecho por virtud de la relación misma.

El *trust*, además es una relación con respecto a bienes, característica que lo asemeja a ciertas relaciones jurídicas, como el depósito, y lo distingue de otras que pueden o no referirse a bienes,

¹⁴Op. cit. p. 5

como el mandato, en el *trust*, de modo invariable hay siempre un bien, una cosa, que constituye su objeto y cuya propiedad corresponde al *trustee* para emplearla en provecho del beneficiario. El *trust* presupone algo más que una simple relación personal entre *trustee* y beneficiario, implica la obligación por parte de aquel, de utilizar bienes determinados en beneficio de éste. El *trust*, generalmente, solo puede constituirse cuando el título legal sobre una cosa, está investido en una persona para el beneficio de otra; si aquella tiene nada más la posesión material, su calidad será de depositario, no de *trustee*. Tratándose del *trust*, el *trustee* tiene siempre algo más, que un derecho de posesión, aún cuando no siempre es esencial que le corresponda el título legal sobre la cosa, desde el momento en que un derecho de equidad es susceptible de constituir el objeto de un *trust*.¹⁵

La relación en que el *trust* consiste, nace de una manifestación de voluntad para crearla, característica que vendría a asimilarlo al contrato, y lo diferencia del *trust* interpretativo.

a) SUJETOS

SETTLOR, la regla general es de que toda persona capaz de disponer de un derecho legal o de equidad puede, si así lo desea, transferirlos a un *trustee* a efecto de cumplir sus propósitos. Se consideró deseable, desde el punto de vista terminológico, contar con una sola expresión para identificar a la persona que crea un *trust*, ya por acto entre vivos o por testamento; se reconoció la inexistencia de una expresión única al efecto, pues si bien el término *settlor*, tiene uso corriente, es más común el de testador para el caso del *trust* testamentario, que no precisa la circunstancia de establecer un *trust*. Independientemente de que el *trust* se constituya en una u otra forma, el término considerado preferible es el de *settlor*.

TRUSTEE, Para poder serlo una persona debe tener capacidad para adquirir y poseer la propiedad de los bienes a que el *trust* se refiere y la de manejarlos conforme a los términos del instrumento respectivo; por otra parte, la ejecución del *trust* podrá exigir criterio y conocimiento de los negocios. En general, por tanto, el *trustee* debe ser una persona capaz de adquirir y retener el título legal sobre bienes, estar dotado de capacidad natural y jurídica para desempeñar el *trust* y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente.¹⁶ El acontecimiento de mayor importancia en el campo del *trust* durante el siglo XIX ha sido la aparición del *trustee* institucional, persona moral.

¹⁵Scott. op. cit. p. 42

¹⁶Op. cit. ps. 24 ss.

CESTUI QUE TRUST, se estableció como regla general que quienes son capaces de adquirir la propiedad legal de bienes tienen aptitud, por vía del trust, para recibir la propiedad de equidad. Por otro lado la Corona de Inglaterra podía tener la calidad de *cestui que trust* o beneficiario, así como los legalmente incapacitados, como menores de edad o enajenados mentales tienen capacidad para ser beneficiarios de *trust* y que, de hecho un gran número de *trust* reconocen su razón de ser precisamente en la protección de quienes no pueden valerse por sí mismos.

b) OBJETO

La doctrina anglosajona sostiene que, no puede haber un *trust* sin "bienes específicos" que constituyan su objeto, en términos generales, cualquier cosa o derecho que tenga algún valor y sea transferible pueda darse en *trust*. Los bienes dados en *trust* se designan en el restatement con la expresión "bienes del *trust*" cuando se hace referencia a ellos como a un todo, la denominación empleada es el "patrimonio del *trust*"; y cuando se trata de diferenciar el derecho que corresponde al *trustee* de la cosa sobre la cual recae, la designación para identificar a esta es "materia del *trust*", que en ocasiones cambia a "*res* o cosa del *trust*". (the trust res).¹⁷

c) TÉRMINOS DEL TRUST

La expresión términos del *trust* significa la manifestación de voluntad del *settlor*, exteriorizada en forma susceptible de prueba judicial. La expresión, sin embargo, no se limita a disposiciones expresas, sino que también comprende las manifestaciones inferidas, ya de actos del *settlor*, o de las circunstancias que rodearon a la creación del *trust*.

CLASIFICACIÓN

1. *Trust voluntario o por ministerio de ley*; un primer criterio considerado como básico, consiste en clasificarlo según la forma en la que nace, esto es, si es resultado de la voluntad deliberada de su creador, o si por el contrario, surge como consecuencia del orden jurídico.

¹⁷Op. cit. p. 45

Los *trust* se clasifican de la manera siguiente:

1. Los *trust* que nacen por actos de las partes, subdivididos en *trust expresos* y *trust implícitos*; los "*trust expresos*" a su vez se subdividen en "*trust ejecutados*" y "*trust por ejecutarse*";

2. Los *trust* que hacen por ministerio de ley, subdivididos en *trust interpretativos* y *trust resultantes*.

1.a) *Trust expreso* es aquel que se crea intencional y deliberadamente por alguna persona, ya sea en un instrumento que puede ser un convenio o un testamento, ya sea mediante simple declaración oral, si el objeto consiste en bienes muebles, propiamente nace de la interpretación de un instrumento escrito.

1.b) *Trust ejecutado*; es aquel cuyos términos se declaran por el *settlor* de manera definitiva, en el instrumento correspondiente, por lo cual no se requiere documento adicional alguno para precisar las modalidades a que esta sujeto.¹⁸

1.c) *Trust por ejecutarse*, es aquel que concede derechos a sus beneficiarios pero no de inmediato, sino con subordinación a algún acto adicional que debe realizar un tercero.

1.d) *Trust implícito*, es aquel que reconocen los tribunales, ya como resultado de los términos empleados en el instrumento o en razón de las circunstancias que rodearon la celebración del acto, dando efecto a lo que a su juicio debe haber sido la intención de las partes. La existencia de esta clase de *trust* deriva de circunstancias particulares, por lo cual se afirma que sería mas apropiado denominado *trust inferido*.

2. *Trust por ministerio de ley*, el *trust* que nace por ministerio de ley, es aquel que impone la equidad con base en los bienes que se deben conservar en beneficio de alguien.

¹⁸ Op. et. loc. cit.

2.a) *Trust interpretativo*¹⁹, es el que se exige a una persona que ocupa una posición fiduciaria, con respecto a ciertos bienes y debido a ella obtiene alguna ventaja personal.

2.b) *Trust resultante*, el cual puede surgir en dos formas:

2.b.1) Por la transmisión a nombre de otro, nace un *trust* resultante por ministerio de la ley a favor de quien entregó el precio, a menos que las circunstancias del acto indiquen que se propuso hacer una donación; y

2.b.2) Cuando un *trust expreso* ya existente, se frustra total o parcialmente, situación en que los bienes revierten a favor del *settlor* o de sus herederos, salvo que una intención diversa aparezca del instrumento relativo.

Dentro de otra clasificación se distinguen los *trusts* : Públicos y Privados

Dentro de la primera especie están incluidos aquellos *trusts* que interesan a la sociedad en general o a un sector social considerable. Dentro de la variedad del *trust público*, la más característica es la del llamado caritativo de beneficencia, mismo término que dado el significado que los tribunales atribuyen al mismo, origina una gran variedad de *trust públicos no caritativos* de gran importancia, cuyo auge va en aumento creciente. Por otro lado el *trust privado* es aquel que se establece en beneficio de personas determinadas, aún cuando no sean de inmediato identificables y es jurídicamente exigible mediante juicio promovido por cualquiera de los beneficiarios a diferencia del *trust público*, que si es caritativo y debe iniciarse por el Procurador General.²⁰

¹⁹ Scott, op. cit. t.V, p. 3420

²⁰Keeton, op. cit. p. 40

II. EL FIDEICOMISO MEXICANO

Primera utilización del *trust* en México.

Con una antelación de casi veinticinco años a la adopción legislativa del fideicomiso en México, en nuestro país ya se habían utilizado una gran variedad de *trust* de importancia reconocida en el desarrollo económico de Estados Unidos, como por ejemplo como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles.

El entonces vigente Código Civil de 1884 y la Ley sobre Ferrocarriles del 29 de abril de 1899, permitieron que el *trust deed*, aún cuando otorgado en el extranjero pudiera surtir efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas.

Con fecha 21 de noviembre de 1905, el entonces Secretario de Hacienda, Sr. Limantour, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una iniciativa que faculta al Ejecutivo para que expida la Ley por cuya virtud puedan constituirse en la República, Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios.²¹

En nuestro país no ha pasado inadvertida la falta de ciertas organizaciones especiales que en los países anglosajones se denominan *trust companies* o *compañías fiduciarias*, cuya función fundamental consiste en ejecutar actos y operaciones en las cuales no tienen interés directo sino que obran como simples intermediarios, ejecutando imparcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas, función que puede desempeñarse, por individuos particulares, sin embargo, aún cuando dicha función pueda ser objeto de los actos de individuos particulares, desde el momento que se trata de organizar instituciones especiales que sistemáticamente sirvan de intermediarios, se hace necesaria una reglamentación especial cuyo objeto es la garantía y protección de los intereses confiados a esas instituciones.

La explicación introductoria terminaba manifestando que la Secretaría de Hacienda había estudiado las bases consignadas en el proyecto de Ley (Proyecto Limantour) que de merecer la sanción del Poder Legislativo permitirían al Gobierno expedir un decreto autorizando la creación de compañías fiduciarias que bajo una rigurosa inspección podrían prestar servicios al público.

²¹Rodolfo Batiza op. cit. p. 102 apud. Velasco Emilio. *Los Instrumentos de trust y los Ferrocarriles Nacionales*. Revista General de Derecho y Jurisprudencia. México. 1932, Tomo III.

El proyecto de Ley constaba de ocho artículos y disponía que el fideicomiso para el cual se autorizara la creación de dichas instituciones podría consistir:

I. En el encargo hecho al fiduciario por virtud del contrato celebrado entre dos o más personas para ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, con el objeto de beneficiar a alguna o a todas las partes contratantes o bien a un tercero o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal del mismo;

II. En el encargo hecho al fiduciario por parte interesada, por mandamiento judicial, o de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto, de bienes determinados para beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos o a cualquier ventaja o aprovechamiento sobre mismos (art. 2º) El fideicomiso importaría un derecho real sobre los bienes sobre los que se constituya, quedando a cargo de la Ley la definición de la naturaleza de los efectos de ese derecho y requisitos para hacerlo valer (art. 3º) Para que una institución fiduciaria pueda considerarse legalmente constituida, deberá llenar previamente los requisitos legales y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda (art. 4º) En las concesiones que se otorguen para el establecimiento de instituciones fiduciarias se podrá autorizar a estas a ejecutar, los actos u operaciones que no sean legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales (art. 5º) La Ley fijará los términos en que las compañías fiduciarias deberán garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones, así como los principios conforme a los cuales habrán de ser inspeccionadas por la Secretaría de Hacienda, para asegurar los intereses del público (art. 6º) Podrán concederse exenciones y privilegios en materia de impuestos a dichas compañías o instituciones y a las operaciones que éstas ejecuten, con los requisitos que la ley establezca (art. 7º) Se faculta igualmente al Ejecutivo para que se modifique la Legislación Civil, Mercantil y de Procedimientos, en los puntos en que ello sea estrictamente necesario para asegurar la función de las instituciones fiduciarias y la firmeza de los contratos y actos que estén autorizados a ejecutar (art. 8º).

PROYECTO CREEL

En 1924, en la Convención Bancaria celebrada en febrero del mismo año, el Sr. Enrique C. Creel, expuso que se había iniciado en la República la creación de Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, y por lo cual el mencionado Sr. Creel, proponía diecisiete bases conforme a las cuales el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir la Ley General a saber:

Las Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro contarían con un capital de \$500,000 en el Distrito Federal y de \$250,000 en los Estados y Territorios (base I); dichas compañías podrían recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitirán en nombre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse del pago de cupones, de la amortización de bonos y de celebrar toda clase de contratos de fideicomiso (base II) ejecutar las funciones de albacea, administrador, tutor o síndico en los concursos (bases III y IV) servir como peritos valuadores de toda clase de bienes (base V) conservar en depósito y administración los bienes de incapacitados (base VI) recibir en guarda los contratos condicionales celebrados por empresas o particulares, para su eventual cumplimiento (base VII) pagar los impuestos y mesadas de gastos de su clientela (base VIII) llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades (base IX) expedir certificados sobre la validez de toda clase de títulos de propiedad (base X) llevar registros de capitales y notas del curso de los negocios para dar informes confidenciales a su clientela y al comercio en general (base XI) hacer toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuento y establecer cajas de ahorros (bases XII y XIII) concedían a las compañías durante un lapso de veinticinco años las franquicias fiscales señaladas en la Ley de Instituciones de Crédito de 1897 (base XVII).

El proyecto pecaba de heterogeneidad en cuanto a las funciones y actividades y aún cuando la Convención opinó que se recomendara a la consideración de la Secretaría de Hacienda²², sin embargo, jamás fue sancionado como ley.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.

La nueva Ley cuidó de comprender dentro de su jurisdicción todos aquellos negocios bancarios que afectaban al interés público. Agrega a su vez que la Ley denomina Bancos de Fideicomiso a aquellos que sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos estos, durante el tiempo de su vigencia.²³

²²Sesiones de los días 15, 23 y 25 de febrero. *Convención Bancaria de 1924*. Publicaciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Editorial Cultura. México. 1924, ps. 27, 80.

²³*Legislación Bancaria*, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Crédito, México, 1957, tomo II, ps. 26,31.

Entre las instituciones objeto de la Ley quedaban comprendidos los Bancos de Fideicomiso (art. 6° fracción VII) a los cuales sometía a un régimen de concesión estatal (art. 7°) debían contar con un capital mínimo de \$1'000,000 en el Distrito Federal y \$500,000 en los Estados y Territorios (art. 12 fracción II inciso E) las concesiones tenían una duración de treinta años a partir de la fecha de la Ley y su carácter era el de meras autorizaciones para establecer y explotar Instituciones de Crédito (art. 15), las funciones de los Bancos de Fideicomiso consistían en servir a los intereses del público en variadas formas, pero principalmente administrando los capitales que se les confiaban e interviniendo con la representación de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos estos o durante el tiempo de su vigencia (art. 73) la Ley anunciaba que los Bancos de Fideicomiso se regirían por la Ley Especial que había de expedirse para tal efecto (art. 74).

PROYECTO VERA ESTAÑOL

El Lic. Jorge Vera Estañol, también preparó un proyecto de Ley de Compañías Fiduciarias y de Ahorro, presentando el mismo a la Secretaría de Hacienda a mediados de marzo de 1926, el cual apuntaba:

Que los actos, operaciones o contratos de la sociedad autorizada a actuar como fiduciaria, consistirían en adquirir, enajenar, gravar, poseer, explotar, administrar o intervenir los bienes objeto del fideicomiso y en general a ejercer cualquier otro derecho sobre estos bienes (art. 12) podían ser objeto del fideicomiso, los bienes inmuebles y los derechos reales, cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, papeles, excepto aquellos que conforme a la ley no pudieran ser ejercidos sino directa e individualmente por la persona a quien pertenecieran (art. 13) entre los fines para los cuales podía celebrarse un fideicomiso, salvo las limitaciones legales; se enumeraban; la venta, adjudicación, enajenación, gravamen de los bienes materia del fideicomiso, el pago o distribución a otras personas del producto obtenido, mediante cualquiera de dichos actos, la administración, explotación o aprovechamiento de bienes y la entrega o aplicación de una parte o de la totalidad de sus frutos, la entrega de una renta o pensión fija o variable, la acumulación de rentas o productos de bienes de cualquier especie y, en general, la ejecución de cualquiera prestación lícita de hecho o de cosa a favor de cualquier persona (art. 14)

La designación del beneficiario de un fideicomiso podía hacerse nominativamente o de cualquier otra manera que no hiciera dudosa su identificación.

Todos los derechos y obligaciones del fiduciario se regirían por las cláusulas del acto constitutivo, en cuanto no fueren contrarios a los preceptos legales y en defecto de aquella, estos se regirían por las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal especialmente las referentes al contrato de mandato (art. 23) cuando la compañía tuviere en su poder real o virtualmente, alguna cosa para efectos de un fideicomiso, podía ejercer todas las acciones reales y personales necesarias para la guarda y conservación de la cosa o para la ejecución de los actos que requirieren su cumplimiento, salvo las limitaciones establecidas en el acto constitutivo (art. 21).

El fideicomiso terminaría:

I Cuando hubiera muerto el beneficiario y sus sucesores o hubiese expirado el plazo de treinta años;

II. Cuando las cosas objeto del fideicomiso se extingan o se destruyan sin culpa, ni negligencia del fiduciario y no fueren substituidas por otras, o cuando se hicieren insuficientes para su objeto;

III En los casos de revocación y en los previstos en el acto constitutivo ;

IV Por sentencia dictada en juicio contradictorio en el que el fiduciario fuere oído;

V En los demás casos en los que conforme a la ley debieren darse por extinguidos los derechos y obligaciones nacidos de los contratos (art. 26).

Todas las cuestiones que tuvieran como origen un fideicomiso que se hubiere suscitado entre las partes interesadas se ventilarían en juicio mercantil conforme al Código de Comercio (art. 27) La compañía fijaría en cada caso o por medio de tarifas generales los honorarios o compensaciones que debieran corresponderle por sus servicios como fiduciario (art. 28).

En el Capítulo IV DERECHOS Y FRANQUICIAS GENERALES, el proyecto contenía un sistema detallado acerca del régimen fiscal del fideicomiso dentro del cual, la disposición más importante es quizá la que prescribía que cuando por vía del fideicomiso y por virtud de éste, la compañía adquiriese bienes raíces o derechos reales inmuebles, la adquisición no estaría sujeta al pago de otro impuesto que al del timbre, quedando por lo mismo exentas esta clase de operaciones de todo impuesto de registro, traslación o dominio o cualquiera otro, pero que

cuando la compañía enajenas aunque fiere en cumplimiento de un fideicomiso, el acto estaria sujeto al pago del impuesto con arreglo a las leyes (art. 79).

LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926

Su articulado de ochenta y seis preceptos se distribuía en cinco capítulos:

Objeto y Constitución de los Bancos de Fideicomiso, Operaciones de Fideicomiso, Departamento de Ahorros, Operaciones Bancarias de Depósito y Descuento, y Disposiciones Generales.

El fideicomiso, según como lo definía la propia ley:

"Es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario (art. 6º) el fideicomiso, solo podía constituirse para un fin lícito (art 7º) quedaban prohibidos los fideicomisos secretos y los constituidos a título gratuito que produjeran efectos a la muerte del fideicomitente a favor de incapaces de heredar o recibir legados (art. 8º y 9º) las formas de constitución del fideicomiso podían ser por escritura pública, documento privado o testamento (art. 11º) los bienes entregados para la constitución del fideicomiso se considerarían salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto fuera necesario para la misma, o por lo menos gravados a favor del fideicomisario, declarándose inembargables (art. 12º) podían ser objeto del fideicomiso bienes muebles y derechos reales así como cualesquiera clase de valores, créditos títulos, dinero en efectivo, bienes muebles en general y cualesquiera derechos excepto los que conforme a la ley no pudieran ser ejercitados sino directa o individualmente por su dueño (art. 13º párrafo primero) el fideicomiso constituido sobre inmuebles, debía inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público, si hubiera traslación de dominio o en la de hipotecas, en caso contrario mediante la presentación del documento de aceptación del banco (párrafos segundo y tercero) el banco fiduciario podía ejercitar en cuanto a los bienes fideicomitidos todas las acciones y derechos inherentes al dominio aún cuando no se expresaran en el acto constitutivo del fideicomiso, pero no podía enajenarlos, gravarlos, ni pignorarlos, a menos de tener facultad expresa o de ser ello indispensable para la ejecución del fideicomiso (art. 14º) si el Banco tuviere intereses propios opuestos a la leal ejecución del fideicomiso, o si malversase o administrase con dolo o culpa grave los bienes, sería separado del cargo a solicitud del fideicomisario, del fideicomitente o del

Ministerio Público (art. 16º) cuando los bienes estuvieren en peligro de pérdidas o menoscabo dichas personas podrían proveer las providencias para su seguridad (art. 17º) cuando hubiere dos o mas fideicomisarios su voluntad sería expresada en la forma y términos establecidos en el título constitutivo y, a falta de disposición se convocaría a una junta en que las decisiones serían tomadas a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas (art. 20) las cuestiones que se suscitaren entre fideicomitente, banco fiduciario y fideicomisario serían ventiladas en juicio mercantil (art. 21.)

Los bancos de fideicomiso desempeñarían sus funciones y ejercerían sus facultades por medio de las personas a quienes correspondiera su representación conforme a la Ley, a sus escrituras constitutivas y estatutos con el derecho de delegarlas en apoderados; los bancos serían responsables de la gestión de sus representantes y apoderados (art. 36) la designación de bancos de fideicomiso para encargarse de la administración de bienes, podía hacerse por testadores, albaceas, herederos, ascendientes en ejercicio de la patria potestad, tutores, depositarios, representantes de ausentes, síndicos, comisiones liquidadoras de concursos y jueces, además las personas ya nombradas quedaban autorizadas para delegarlos en favor de los bancos fiduciarios (arts. 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30).

El fideicomiso se extinguiría:

- I. Por el cumplimiento de su objeto,
- II. Por hacerse este imposible;
- III. Por no cumplirse la condición suspensiva de que dependiera, dentro de los veinte años siguientes a su constitución,
- IV. Por cumplirse la condición resolutoria,
- V. Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario (art. 18).

Extinguido el fideicomiso, el banco daría a los bienes existentes la aplicación prevista, y a falta de disposición los devolvería al fideicomitente o a quien representare sus derechos (art. 19).

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.

La Ley de Bancos de Fideicomiso fue abrogada por esta Ley, de fecha 31 de agosto, que se limitó a incorporar como parte de su texto el articulado íntegro de la Ley anterior.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE 1932

La nueva ley solo autorizaba la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado y mantenía todas las prohibiciones conducentes a impedir que el fideicomiso diera lugar a substituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal.

Conservaba el requisito de la concesión del Gobierno Federal e imponía a las fiduciarias un capital mínimo de \$200,000 o \$100,000 según se establecieran en la capital de la República o en otras ciudades del país (arts. 3º párrafos 1º y 17) reproducía la prohibición de que las sucursales de bancos de instituciones de crédito del extranjero actuaran como fiduciarias (art. 5º)

Prescribía la ley que en el desempeño del cargo y el ejercicio de las facultades de las instituciones fiduciarias, este sería realizado por uno o más funcionarios designados al efecto cuyo nombramiento podía en todo tiempo votar la Comisión Nacional Bancaria, así como solicitar su remoción (art. 92) establecía que en la contabilidad de las instituciones los bienes, valores y derechos dados en fideicomiso, lo mismo que sus productos se harían constar en cuenta especial sin que en ningún caso estuvieran afectos a otras responsabilidades o al ejercicio de otras acciones que las derivadas del fideicomiso mismo o de que conforme a la ley correspondieran a terceros (art. 93) fijaba las normas a seguir por las instituciones en la ejecución de contratos condicionales (art. 94) enumeraba las causas para admitir la renuncia de las instituciones al desempeño del cargo en un fideicomiso y les imponía responsabilidades civiles y penales en casos de incumplimiento concediendo el ejercicio de las acciones correspondientes al beneficiario o a sus representantes legales y a falta de estos al Ministerio Público, así como al fideicomitente si se hubiere reservado ese derecho al constituirse el fideicomiso (arts. 95 y 96).

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO DE 1932

Misma ley aún vigente en la actualidad, regula al fideicomiso como institución substantiva.

La nueva ley conservaba en principio el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribía a ciertas personas, la capacidad para actuar como fiduciarias y establecía las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares, el fideicomiso ha tratado de eludir siempre en la legislación mexicana.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

Esta ley fechada el 3 de mayo abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 y la reglamentación que contenía de las operaciones fiduciarias estuvo en vigor hasta fines de 1984.

Su exposición de motivos indicaba que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas si sufría modificaciones, como no fuera añadir a la enumeración de sus cometidos, algunos que podrían resultar propios de estas instituciones y ciertas normas nuevas por las cuales debían regirse las operaciones de inversión que realizara la institución en ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando de la naturaleza de estos o de las instrucciones recibidas no resultaran indicaciones suficientemente precisas. Añadía que sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se había prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realizaran en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitieran identificar los bienes destinados al fin respectivo siempre que fuera posible o cuando no se hubiera renunciado a ella expresamente, y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones.

La Ley contenía 176 disposiciones distribuidas en cinco títulos.

En el curso de más de cuarenta años de vigencia la ley sufrió diversas modificaciones de importancia entre las cuales pueden señalarse, las del decreto de 31 de diciembre de 1973, que afectaron entre otras cuestiones la proporción de responsabilidades de las instituciones fiduciarias y las atribuciones conferidas al Banco de México, para determinar la inversión cuando las instrucciones del fideicomiso no fueran suficientemente precisas o se hubiera dejado a la

discreción de las propias instituciones; de mayor trascendencia fue sin duda el decreto de 22 de diciembre de 1978 sobre la banca múltiple, que incorporó las reglas administrativas elaboradas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público algo más de dos años antes y que introdujo importantes excepciones en el concepto tradicional de la banca especializada.

NACIONALIZACIÓN BANCARIA

Por decreto de 1º de septiembre de 1982 se expropiaron a favor de la Nación, por causas de utilidad pública, las instalaciones, edificios, mobiliario, equipo, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, inversiones, acciones o participaciones en otras empresas, valores de su propiedad, derechos y todos los demás muebles e inmuebles en cuanto fueran necesarios a juicio de la Secretaría de Hacienda, propiedad de las instituciones de crédito privadas a las que se había otorgado concesión para prestar el servicio público de banca y crédito. (art. primero)²⁴

El decreto facultaba a la Secretaría de Hacienda y en su caso, al Banco de México, con intervención de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas y de Comercio para tomar posesión inmediata de las instituciones expropiadas y de sus bienes, substituyendo a los órganos de administración y directivos, así como las representaciones que tuvieran ante cualquier asociación, institución, órgano de administración o comité técnico y para realizar los actos necesarios a efecto de que los funcionarios de niveles intermedios y en general los empleados bancarios conservaran sus derechos sin sufrir lesión alguna con motivo de la expropiación decretada.

Expresaba también el decreto, que no eran objeto de expropiación el dinero y valores propiedad de usuarios del servicio público de banca y crédito o cajas de seguridad, ni los fondos o fideicomisos administrados por los bancos, ni en general bienes muebles o inmuebles que no estuvieran bajo la propiedad o dominio de las instituciones afectadas, tampoco eran objeto de la expropiación ni las organizaciones auxiliares, ni la banca mixta, el Banco obrero, el Citybank, ni tampoco las oficinas de representación de las entidades financieras del exterior o las sucursales de bancos extranjeros de primer orden.

²⁴Algunas de las instituciones de crédito afectadas promovieron juicios de amparo contra el decreto expropiatorio de 1º de Septiembre, que no prosperaron.

LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CRÉDITO DE 1982

La Ley declaraba ser de orden público y tener por objeto reglamentar el servicio público de banca y crédito que, en los términos del artículo 28 Constitucional debía prestar el estado.

La ley definía a las sociedades nacionales de crédito como instituciones de derecho público creadas por decreto del Ejecutivo Federal, conforme a las bases de la misma ley, tendrían personalidad jurídica y patrimonio propios. (art. 7º).

LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CRÉDITO DE 1984

Esta ley fechada el 28 de diciembre de 1984, derogó a la ley anterior y a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

Reproduciendo casi literalmente el texto del artículo primero de la Ley anterior, la de 1984 dispuso ser de orden público y tener por objeto reglamentar los términos en que el estado prestaría el servicio público de banca y crédito, las características de las instituciones encargadas de hacerlo, su organización y funcionamiento en apoyo de las políticas de desarrollo nacional, las actividades y operaciones que pudiera realizar y las garantías que protegerían los intereses del público. Al igual que la ley derogada, la ley de 1984 prescribió que el servicio de banca y crédito sería prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedad nacional de crédito pero apartándose de la anterior, la ley de 1984 dispuso que dichas sociedades serían:

- I. Instituciones de banca múltiple; y
- II Instituciones de banca de desarrollo.²⁵

²⁵Las Instituciones de banca de desarrollo contarían con leyes orgánicas, debiendo sujetarse a los decretos del Ejecutivo Federal y a lo que dispusiera el Congreso de la Unión. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público expediría el reglamento orgánico de cada sociedad en que se establecerían las bases para su organización y funcionamiento (arts. 9o. párrafos segundo y tercero).

REPRIVATIZACION DE LA BANCA

La propuesta de modificación del régimen de propiedad de la banca que se introdujo con la reforma constitucional de 1982 es congruente con los compromisos políticos profundos hacia las áreas estratégicas que señala la Constitución, era conveniente modificar la propiedad estatal exclusiva de la banca, en virtud de haber cambiado las circunstancias que la motivaron y el proyecto en que se sustentaba, la estatización de la banca se realizó en el contexto de una aguda crisis financiera sin precedentes en tiempos modernos. La circunstancia externa que se produjo fue particularmente adversa a México. Esta profunda crisis financiera, que se prolongó a lo largo de la década de los ochentas marcó al mismo tiempo, el agotamiento de una estrategia económica que había mostrado resultados positivos en épocas anteriores. Las circunstancias habían cambiado. Se habían modificado las políticas de desarrollo y se habían realizado transformaciones de gran trascendencia. Ante las grandes necesidades que se enfrentaban y los limitados recursos por entonces existentes, así como, por la seguridad de que los instrumentos a disposición del Estado eran suficientes para ejercer la rectoría en materia económica, no era conveniente mantener la exclusividad para el Estado de la prestación del servicio de banca y crédito. Considerándose que servía más a los intereses nacionales el restablecimiento del régimen mixto de la banca. Así pues, se consideró conveniente restablecer el carácter mixto de la propiedad y gestión de la banca para que el Estado cumpla con sus responsabilidades sociales, así como también para modernizar al propio sector bancario en beneficio de la sociedad.

Los recursos financieros que se obtuvieran de la enajenación de la participación estatal en el capital de la banca contribuirían a fortalecer la estabilidad económica del país, ampliando las perspectivas de desarrollo de largo plazo y atendiendo a las demandas más urgentes de los más necesitados en aquel momento.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto y con fundamento en lo dispuesto por la fracción I del artículo 71 de la Constitución, el Ejecutivo Federal sometió a la aprobación del Congreso de la Unión su iniciativa de decreto conforme a la cual se derogaba el párrafo quinto del artículo 28 Constitucional, se modificaba y adicionaba el inciso a) de la fracción XXXI del apartado A del artículo 123 para incluir los servicios de banca y crédito.

La iniciativa anterior fue aprobada por el Congreso de la Unión y la totalidad de las Legislaturas de los Estados, en los términos del decreto del 26 de junio. Se cerró así el ciclo de la nacionalización bancaria que había durado alrededor de ocho años.

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE 1990

La ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones, sus actividades y operaciones, su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario mexicano. (art. 1°)

El servicio de banca y crédito solo podrá prestarse por las siguientes instituciones:

- I De banca múltiple; y
- II. De banca de desarrollo.

Para efectos legales se considera servicio de banca y crédito, la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario a cubrir el principal y en su caso los accesorios financieros de los recursos captados. (art. 2°)²⁶

El sistema bancario mexicano estará integrado por el Banco de México, las instituciones de Banco de México, las instituciones de Banca Múltiple y de Desarrollo, El Patronato del Ahorro Nacional y los Fideicomisos Públicos constituidos por el Gobierno Federal para el Fomento Económico, así como aquellos que se constituyan para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México. (art. 3°).

FUENTES DE LA LEGISLACIÓN

De los catorce artículos que regulan al fideicomiso en la ley substantiva, varios de ellos integrados por dos o mas párrafos o fracciones, los que de hecho resultan en treinta y tres normas o principios, nueve derivan de las leyes de 1926 (la Ley de Bancos de Fideicomiso, la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios) tomadas a su vez siete del Proyecto

²⁶No se consideraron operaciones de banca y crédito aquellas, que en ejercicio de las actividades que les sean propias, celebren intermediarios financieros distintos a instituciones de crédito debidamente autorizados conforme a la legislación aplicable. Dichos intermediarios en ningún caso podrán recibir depósitos irregulares de dinero en cuenta de cheques. La Secretaría de Hacienda resolverá las consultas al respecto y podrá establecer criterios de aplicación general para precisar si hay o no intermediación bancaria. (arts. 2o. párrafos tercero y cuarto).

Alfaro y una del Proyecto Vera Estañol, tres artículos se inspiraron en el Proyecto Alfaro y tres en el Proyecto Vera Estañol en forma directa, tres preceptos, uno de ellos solo en parte provinieron de textos del Dr. Lepaulle, únicamente un artículo (el 349) carece de origen concreto, pero reconoce la fuente general, al menos en su primera parte, en principios de derecho básicos.

CONCEPTO LEGAL

El término fideicomiso, tenía en nuestro derecho una significación bien definida y arraigada en antiquísima tradición que venía del derecho romano y se enlazaba con la idea de sucesión testamentaria, aplicándose a la herencia o parte de ella que el testador manda al heredero que transmita a otro.²⁷

La Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, en su artículo 6º contenía la siguiente definición:

"El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual, se entregan al banco con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad de quien los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario".

La influencia del Proyecto Alfaro es clara en la definición anterior.

Hay que concluir que en substancia, el fideicomiso es propiamente un mandato en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 vigente, modificando la forma de expresión de esta idea, dispone en su artículo 346:

"En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado. encomendando la realización de ese a una institución fiduciaria".

²⁷Rodolfo Batiza. Op.cit. p. 148 apud. Esquivel Obregon Toribio Carácter Legal de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso. Revista General de Derecho y Jurisprudencia. México. 1930, T. Primero.

NATURALEZA JURIDICA

Dos son las interpretaciones fundamentales al respecto:

Negocio fiduciario y Acto Unilateral

Dentro de un sentido genérico se ha sostenido que el fideicomiso es un negocio fiduciario²⁸. En el sentido más limitado se ha afirmado que el fideicomiso se presenta normalmente como un acto unilateral cuando el fideicomitente establece su voluntad, como un acto entre vivos situación en la que su declaración es de inmediato obligatoria para el, ya que no puede revocarlo si no se reserva expresamente tal facultad, ni puede modificarla sin el consentimiento del fideicomisario. Estas consecuencias son independientes de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario que por tanto no son manifestaciones de voluntad esenciales para la integración del negocio jurídico. La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo, son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica.

Para concluir el fideicomiso tiene con el negocio jurídico una diferencia radical de estructura. El fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.

NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

En México la Legislación es poco clara para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso. La Doctrina Mexicana se encuentra muy dividida sobre el particular. El Fideicomiso Mexicano tiene

²⁸Rodríguez y Rodríguez, tras años de estudio llegó a esta conclusión " El fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios ...De este modo se advierte que en los negocios fiduciarios existe un *aspecto real* traslativo de dominio que opera frente a terceros, y un *aspecto interno*, de naturaleza obligatoria que restringe los alcances de la transmisión anterior pero sólo para efectos *inter-partes*. Por eso es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario ... " (El Fideicomiso, Esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento " Revista Jus, No. 94 mayo, 1946. Han seguido sus ideas entre otros Barrera Graf Jorge " Es pues imposible, la codificación del negocio *fiduciario* , pero no lo es la de los negocios fiduciarios específicos y concretos, respecto a estas formas que habrán de llenar los requisitos esenciales del género al que pertenecen es posible y deseable la reglamentación ; es conveniente que el derecho las reconozca y respecto a ellas la ley fije sus límites, precisando los derechos y las obligaciones de las partes. La razón de esta codificación estará en la práctica generalizada de una institución o en el deseo del legislador de introducir una figura benéfica y útil como en el caso del fideicomiso en México " (" Los Negocios Fiduciarios " Revista de la Escuela de Estudios Contables, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 1951, p. 20 y ss).

alrededor de cincuenta años de haberse introducido de manera efectiva en nuestro sistema legal y naturalmente tiene perfiles propios, pero para su interpretación la doctrina se auxilia con frecuencia del estudio jurídico comparativo del *trust*.

Para lo cual necesariamente hay que referirse a los que a los autores les ha dado por llamar negocio jurídico y negocio fiduciario.

NEGOCIO JURÍDICO

La teoría del negocio jurídico esta íntimamente relacionada con los hechos o fenómenos jurídicos y su clasificación, sin embargo lo primero será proporcionar algunas definiciones proporcionadas por los autores que siguen la doctrina del negocio jurídico.

Para Giuseppe Branca²⁹

"Negocio jurídico es una expresión de voluntad destinada a un fin práctico, que por virtud de la ley logra mas o menos cabal realización, lo que equivale a decir que el ordenamiento jurídico en vista de la legitimidad del fin al que corresponde una función y que por esa razón dada su fisonomía es digna de tutela, le otorga las consecuencias jurídicas mas adecuadas para realizarlo".

Para Castan,³⁰

"El negocio jurídico es un acto integrado por una o por varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo; cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece".

Para Windscheid,³¹

²⁹Miguel Acosta Romero Naturaleza Jurídica del Fideicomiso 1a. de. 1982 Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C., p. 129 apud. Giuseppe Branca *Instituciones de Derecho Privado* traducción de la 6a. edición italiana por Pablo Macedo, 1978. Editorial Porrúa, S.A., p. 51

³⁰Miguel Acosta Romero Op. cit. p.129 apud. Guillermo Cabanellas y N. Alcalá Zamora y Castillo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho*. t. IV-J-O, 12a. de. 1979 Editorial Heliasta, S.R.L., p. 535

"El negocio jurídico es la declaración de voluntad de una persona, en virtud de la cual quien la hace se propone crear, modificar o extinguir un derecho o una relación jurídica".

Hector Negri³², lo define como sigue:

"El hecho humano en el que coinciden de alguna manera para producir efectos en derecho precisamente aquellos efectos que de preferencia han de serle imputados, estos hechos así definidos por esta última particular cualidad se llaman negocios jurídicos".

En México los principales defensores de la doctrina del negocio jurídico puede decirse que son los doctores Raúl Ortiz Urquidí y Miguel Villoro Toranzo³³. En efecto, el doctor Ortiz Urquidí reconoce al negocio jurídico como término técnico y lo define como concepto técnico diciendo: "Un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige de acuerdo con las leyes a constituir extinguir o cambiar una relación jurídica".

En cuanto a las bases para la distinción precisa entre acto y negocio jurídico, el autor señala:

"En el acto, la voluntad interviene sólo en la realización del acontecimiento, más no en la producción de los efectos, no obstante lo cual estos se producen. En cambio en el negocio jurídico, la voluntad interviene en los dos citados momentos: en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas".

En cuanto a las ideas del doctor Villoro³⁴, este sostiene la evidencia de que no es posible dar el mismo tratamiento al acto jurídico propiamente dicho y al negocio jurídico. En el primero las normas jurídicas deben limitarse a reconocer la responsabilidad que tiene el sujeto sobre las consecuencias jurídicas de su acto; en tanto que en el negocio jurídico, las normas tienden además, a verificar si se dieron todos los elementos necesarios para su nacimiento y para proteger sus efectos.

³¹Idem.

³² En el trabajo denominado " negocio jurídico en la doctrina germana alemana " en la Enciclopedia Omeba, T. XX Multi-opsi, Editorial Bibliográfica, Argentina , Buenos Aires.p. 236

³³Raúl Ortiz Urquidí, *Derecho Civil*, Parte General, prólogo del Dr. Roberto L. Mantilla Molina, 1977, Editorial Porrúa S.A. , apud Miguel Villoro Toranzo, 4a. Edición de. 1980, Editorial Porrúa, S.A. p. 237.

³⁴Miguel Villoro Toranzo *Introducción al Estudio del Derecho*, 4a. edición Editorial Porrúa, S.A. pp. 364 y 365.

Resumiendo, puede afirmarse que los tratadistas que reconocen el concepto de negocio jurídico, lo definen como un hecho consistente en una manifestación de voluntad para producir efectos reconocidos por el orden jurídico y además lícitos.

La doctrina francesa y gran parte de la doctrina mexicana, ya consideran el acto jurídico como un hecho del hombre, consistente en una manifestación de voluntad que tiene la intención de crear efectos de derecho como son crear, transmitir, modificar, declarar o extinguir derechos y obligaciones.

Como puede observarse, la terminología sobre el negocio jurídico es muy similar a la del acto jurídico; casi se podría afirmar que la doctrina que insiste en esta distinción lo que hace es cambiar la palabra negocio por la palabra acto, pues en cuanto a los efectos que se originan coinciden en que son la producción de derechos y obligaciones.

Los autores mexicanos, con gran persistencia coinciden en afirmar que el fideicomiso es un negocio jurídico.

Según Villagordoa, el derecho mexicano ha reconocido y reglamentado el fideicomiso, mismo que es una especie de negocio fiduciario, afirmando al mismo tiempo, que es así como el derecho positivo mexicano va comprendiendo dentro de su ámbito, las nuevas formas contractuales, desconocidas para su derecho tradicional.³⁵

Así pues el fideicomiso es un negocio jurídico que está cobrando mayor importancia en nuestro país y es mediante el mismo que una persona física o moral, destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, encomendando a una institución fiduciaria llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona.

Por virtud de este negocio jurídico, el bien o el derecho salen de la esfera patrimonial de quien lo constituye (fideicomitente) para que su titularidad pase a las instituciones para cumplir los fines

³⁵ Jose Manuel Villagordoa Lozano. *Doctrina General del Fideicomiso*, De. Asociación de Banqueros de México, 1976, p. 65.

que previamente haya determinado el autor del fideicomiso. Es una modalidad especial del cambio del titular de los bienes o derechos y se le llama patrimonio fideicomitido.

LA DOCTRINA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Se ha definido al negocio fiduciario como aquel acto celebrado por particulares no previsto expresamente por la ley (con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad prevista por las partes), y que consiste en que una de ellas entrega bienes a otra, para que esta última cumpla con ellos una finalidad, y que esta solo será efectiva si aquel que los recibe obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación.

En los países donde está reconocido el *trust* o en su caso el fideicomiso, estas figuras llenan el vacío existente en otros ámbitos de un instrumento jurídico mediante el cual una persona puede entregar a otra, determinados bienes para cumplir ciertos fines lícitos.

Se puede citar por ejemplo en México, al doctor Octavio Hernández³⁶ quien se refiere al negocio fiduciario definiéndolo de la siguiente manera: "negocio fiduciario es un negocio indirecto, no tipificado por el derecho, integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros y otro negocio jurídico oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido solo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos no coinciden".

Otra corriente lo concibe como aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otro y este se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquel le señaló y lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero al propio tiempo, que la misma corriente habla de la dualidad de relaciones de la licitud o ilicitud del mismo y también del negocio simulado.

Gran parte de la doctrina hace referencia a la llamada sustitución fiduciaria para tipificar este concepto.

³⁶Miguel Acosta Romero Op. cit. 138 apud. Octavio Hernández *Derecho Bancario Mexicano-Instituciones de Crédito*. México, 1956, t. II pp. 245 a 248

La doctrina del negocio fiduciario ilícito, atípico, simulado³⁷ en realidad no tiene ninguna relación con el fideicomiso pues mediante este el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria, con los efectos, modalidades, límites y consecuencias que el régimen jurídico establece.

Por tanto el fideicomiso es una figura típica, lícita, legal y perfectamente reglamentada, y en consecuencia no parece lógico, ni congruente compararla con actos simulados, que tanto en la teoría como en la práctica podrían presentarse en otros países, en los cuales no se ha adoptado legalmente una institución similar al *trust*, ni al fideicomiso.

EL FIDEICOMISO Y LA MANIFESTACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD

LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

Los códigos civiles de Alemania, Italia y Suiza, así como el de México, recogen la declaración unilateral de voluntad como obligatoria solo en los casos que la ley así lo considera; en Francia y en España los códigos no regulan este aspecto³⁸.

Al respecto la opinión de Rafael De Pina, versa como sigue:

No todas las promesas unilaterales deben ser declaradas obligatorias, sino solamente aquellas que parezcan indispensables para alcanzar un resultado socialmente deseable e imposible de obtener prácticamente de otro modo, cuando además no sean susceptibles de engendrar una incertidumbre de propiedad por demasiado perjudiciales al crédito.

Los autores han tratado ampliamente este tema, disertando abundantemente acerca de la conveniencia e inconveniencia de admitir "la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones". Ahora bien como el Código Civil vigente para el Distrito Federal lo establece: la voluntad unilateral es una fuente de las obligaciones civiles, independientemente de las opiniones a favor o en contra de lo anterior, esta es la realidad legislativa a la que estamos sujetos.

³⁷Idem apud. artículos 1680, 1682 y 1686 del Código Civil del Estado de Guanajuato, que es el del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884. Ma. Guadalupe López Torres. 31 de Agosto de 1962. SJF.- VOLUMEN LXII. Cuarta Parte, p. 93

³⁸ Rafael De Pina *Derecho Civil Mexicano*, Vol. III, 4a. edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.

Como expresiones unilaterales de la voluntad productoras de obligaciones, regula el Código Civil para el Distrito Federal las siguientes:

- a) El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio,
- b) El compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público, de realizar alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio.
- c) La apertura de concurso en que haya promesa de recompensa, para quienes llenaren ciertas condiciones con fijación de un plazo,
- d) La estipulación contractual en favor de tercero.

Podemos considerar como manifestación unilateral de voluntad además de los casos citados, el testamento que tiene determinados efectos jurídicos. En materia mercantil la ley reconoce expresamente efectos a la manifestación unilateral de voluntad en: la emisión por parte de las sociedades anónimas o de instituciones de crédito, de obligaciones, bonos hipotecarios y financieros, bonos bancarios y certificados de participación.

Como puede observarse nuestro sistema jurídico, cuando establece la figura de la manifestación unilateral de voluntad, la reconoce expresamente y le señala cuales son sus efectos y hasta ahora no se ha pretendido que exista la declaración unilateral de voluntad tácita.

En ninguno de los artículos que regulan el fideicomiso se utilizan las palabras "manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente" a la que el sistema legal le reconozca el efecto de constituir el fideicomiso, de lo que resulta dudoso deducir la conclusión de que el fideicomiso es una manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente, pues ello no se desprende, ni de los antecedentes legales del fideicomiso en México, ni tampoco del pensamiento del legislador.

La simple manifestación unilateral de voluntad no transmite los bienes o derechos, pues para que esta transmisión se realice, es necesaria la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes.

En consecuencia la afirmación de que la simple manifestación unilateral de voluntad constituye y perfecciona el fideicomiso, resulta totalmente ilógica, pues mientras no haya aceptación de la fiduciaria, no habrá transmisión de bienes y no habrá perfeccionamiento del contrato.

Para concluir con la disertación anterior, he de apuntar lo que el legislador que redactó la parte relativa al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, determinó acerca del mismo, diciendo así, que es un contrato y requiere de la voluntad del fideicomitente y de la fiduciaria. Es así que la existencia de los fideicomisos comienza cuando el fiduciario acepta el cargo.

En conclusión, no puede decirse que el legislador, le ha dado el carácter de fideicomiso a la manifestación unilateral de voluntad y, si que lo ha reconocido mas bien como un contrato. Así pues, el supuesto de manifestación unilateral de voluntad no puede tomarse en esta materia más que como una pollicitación que hace el presunto fideicomitente, misma que si no es aceptada, por ningún fiduciario no tendrá ningún efecto, pues como ya se dijo, el fideicomiso comienza cuando acepta el cargo el fiduciario.

En México no puede haber fideicomiso tácito, ni tampoco se desempeña por personas físicas y no es el resultado de una gran tradición de uso y costumbre como en el derecho angloamericano y en México no existen sistemas separados de regulación jurídica, el de equidad y el de derecho común, sino que por el contrario tribunales ordinarios y nuestra legislación es escrita.

Uno de los efectos fundamentales del fideicomiso es la transmisión de bienes o derechos al fiduciario, sin la cual no se puede hablar de fideicomiso. Al respecto existe un consenso general entre los autores en reconocer un efecto lógico, básico, natural del fideicomiso, la transmisión o transferencia de bienes al fiduciario, para que este realice el fin lícito establecido en el acto constitutivo. Ningún artículo de la ley cambiaria habla de que, por la manifestación unilateral de voluntad salgan esos bienes del patrimonio del fideicomitente y pasen al fiduciario y menos si este es indeterminado, pues si se trata de inmuebles, el fideicomiso debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y cancelar la inscripción a favor del fideicomitente y hacer la correspondiente al fiduciario, si se trata de otros bienes como acciones, valores, dinero y joyas, para que exista transmisión de la mayor parte de estos bienes, es necesaria la tradición o entrega de los mismos, además del endoso en aquellos títulos de crédito que así lo requieran.

Por lo que hace a las autoridades que pueden ser fideicomitentes cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación, corresponda a dichas

autoridades, dicha situación será la base para la creación de los fideicomisos públicos, con la salvedad de que en ciertos casos, sobre todo cuando se trata de bienes en guarda o conservación no podrán establecer fideicomisos porque no se tiene la disposición de los bienes sino solo su guarda o conservación.

Otro aspecto por el que los autores comparan al fideicomiso con la manifestación unilateral de voluntad, es el relativo a que nuestro legislador estableció la posibilidad de que el fideicomiso pueda constituirse mediante testamento, sin embargo si analizamos a fondo este aspecto, se puede llegar a la conclusión de que el testamento y el fideicomiso son conceptos que se excluyen el uno al otro.

Compararemos a continuación el testamento y el fideicomiso para ver que son incompatibles y que uno excluye al otro. El testamento, tal y como lo define el Código Civil en su artículo 1295, es un acto personalísimo, revocable y libre por el cual, una persona capaz, dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte.

En este orden de ideas puede tomarse al testamento, como un acto unilateral de voluntad, esencialmente revocable, de disposición de bienes y derechos para después de la muerte; el fideicomiso por el contrario es un acto mediante el cual, una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

La distinción fundamental consiste en que el fideicomiso es una disposición de bienes entre vivos, es decir, en el momento en que se constituye, y no puede ser condicionado a la muerte, pues en ese caso ya no es fideicomiso, sino testamento, y por otra parte, este último es un acto de disposición de bienes para después del fallecimiento, se estima que no basta la voluntad del testador para que se transfiera una propiedad inmueble al fiduciario, ni para que el fideicomiso surta sus efectos; pues en este caso no lo inscribiría en el Registro Público de la Propiedad ya que es necesaria la aceptación de la institución fiduciaria para ello y la determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

La disposición de bienes por testamento esta sujeta a la aleatoriedad de que los bienes permanezcan dentro del patrimonio del testador, durante el lapso que corre entre la fecha en que se elabora el testamento y la muerte de aquel; el patrimonio puede desaparecer por muy diversas causas; que el testador disponga de sus bienes, que los enajene, que los expropien, que se los embarguen, que los rematen, que los bienes perezcan o desaparezcan, o por cualquier otra circunstancia salgan de su patrimonio; en este supuesto al fallecer no habría materia de sucesión,

además el testamento y la sucesión también están sujetos a que los herederos acepten aquel o lo repudien, a que existan herederos y a que no se impugne la validez del testamento.

Puede suceder que el testador disponga que a su muerte ciertos bienes de la masa hereditaria, sean dados en fideicomiso para un fin lícito, en cuyo caso esa disposición no es constitutiva del fideicomiso sino que corresponderá al albacea, como representante de la sucesión, celebrar el contrato respectivo con una institución fiduciaria, en ejecución de las disposiciones testamentarias del *de cuius*.

En estos supuestos, por mas que se hable en el testamento de constituir un fideicomiso, no existe tal, pues mientras los bienes permanezcan en el patrimonio del testador, están sujetos a todas las contingencias antes enumeradas, en cuyo caso jamás pasarían a poder de la fiduciaria.

Ahora bien, si una persona constituye un fideicomiso en vida, celebra un contrato con la fiduciaria y le entrega ciertos bienes para que la fiduciaria, a su muerte, realice con ellos un fin lícito, el fideicomiso se esta constituyendo por acto entre vivos, aunque contenga disposiciones que según algunas opiniones pudieran considerarse como testamentarias, pero es fideicomiso en tal caso, y no es testamento, simplemente está sujeto a la condición suspensiva de la muerte del fideicomitente, porque en el momento en que este entrega los bienes a la fiduciaria, estos ya han salido de su patrimonio y ya no podrían ser embargados, ni expropiados, y si el fideicomiso fuere irrevocable ya no podría disponer de ellos, ni podrían esos bienes ser materia de sucesión.

Es frecuente que se contraten pólizas de seguro de vida o se designe beneficiaria a una institución fiduciaria, pues bien, en ese momento se esta constituyendo un fideicomiso sobre derechos y no un testamento.

NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MEXICANO

El fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico ya que es la expresión de voluntad de dos o mas personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Para calificar al fideicomiso mexicano como un contrato, básicamente nos basamos en que es una relación jurídica que se establece entre dos o mas personas, puesto que siempre debe haber un

fideicomitente y una institución fiduciaria, esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y por lo tanto no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad.

Siendo el fideicomiso mexicano una adaptación del *trust* inglés y norteamericano cabe concluir que el *trust* es una relación jurídica establecida entre dos o más personas, en consecuencia en México, también existe esa relación, pues no puede haber fideicomiso únicamente con el fideicomitente, al igual que en el derecho norteamericano. En México por lo menos debe haber dos personas para establecer y crear un fideicomiso.

Si se reconoce que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos o mas personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre partes, es de concluirse que tiene todas las características atribuidas por el Código civil tanto al convenio como al contrato.

El fideicomiso es un contrato, que se configura en el caso "como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes"³⁹. Por lo que no queda duda de que la intención del legislador fue de diseñar el fideicomiso como un contrato.

El fideicomiso en México es un contrato, y si es contrato es bilateral o plurilateral, si además tiene la característica de que es una operación de crédito o un contrato bancario con sus efectos, son cuestiones que de ninguna manera en mi opinión afectan su naturaleza de contrato.

El fideicomiso es un instrumento legal mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a la institución fiduciaria para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.

Consecuencia de lo anterior es que el fideicomiso puede servir para la mas variada gama de finalidades, la única limitación es la imaginación de sus creadores o de los abogados con la condición de que esas finalidades sean lícitas y se encomiende su realización a una institución fiduciaria.

De esta manera el fideicomiso es útil institucionalmente a las personas, a las empresas, a las entidades públicas de toda índole y se adapta precisamente a sus necesidades.

Las características y efectos principales del contrato de fideicomiso son:

³⁹Pablo Macedo. Op.cit., pp. XXX y XXXII

Sujetos. Los sujetos en la relación fiduciaria, son los siguientes:

Fideicomitente, es la persona titular de los bienes o derechos que transmiten a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita, y desde luego debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes.

Fiduciario, es la institución de crédito que tiene concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal;

Fideicomisario; es la persona que recibe el beneficio (mismo que no siempre existe) del fideicomiso o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.

Pueden existir en un fideicomiso desde un punto de vista teórico, diversos fideicomitentes y diversos fideicomisarios pero, generalmente un solo fiduciario.

Forma. El fideicomiso siempre debe constar por escrito.

Obligaciones de los fiduciarios:

- a) Ceñirse y ajustarse a los términos del contrato constitutivo para cumplir la finalidad.
- b) Aceptar el fideicomiso, la cual no es una obligación, sino más bien una potestad del fiduciario, pues no se puede obligar conforme a nuestro régimen jurídico a ningún fiduciario para que acepte un fideicomiso determinado.
- c) Conservar y mantener los bienes.
- d) Llevar contabilidad por separado para cada fideicomiso.
- e) Cumplir las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso.
- f) Realizar sus actividades mediante un delegado fiduciario.
- g) Guardar el secreto fiduciario.

- h) Presentar y rendir cuentas
- i) Invertir los fondos ociosos en valores aprobadas por la Comisión Nacional de Valores.
- j) Acatar las órdenes del Comité Técnico, cuando exista este.

Facultades del fiduciario:

- a) Tendrá las facultades que se le señalen en el acto constitutivo y que pueden ser: realizar actos de dominio, enajenar, permutar, transferir propiedades, administrar y obtener créditos y gravar, y en su caso, arrendar y realizar reparaciones y mejoras.
- b) Disponer lo necesario para la conservación del patrimonio.
- c) Actuar en los juicios relativos al fideicomiso y otorgar en ellos, mandatos para pleitos y cobranzas.
- d) Tiene facultades para cobrar sus honorarios y para erogar los gastos inherentes al fideicomiso.

Derechos y obligaciones del Fideicomitente:

- a) Reservarse los derechos que estime convenientes en el acto constitutivo.
- b) Designar a uno o a varios fideicomisarios
- c) Nombrar Comité Técnico
- d) Modificar el fideicomiso, si se reservó ese derecho.
- e) Requerir cuentas al fiduciario
- f) Transmitir sus derechos de fideicomitente (si se reservó esa facultad).
- g) Revocar o terminar el fideicomiso si se reservó ese derecho

h) Derecho a que le sean devueltos los bienes dados en fideicomiso, en caso de imposibilidad de ejecución o que se le entreguen los remanentes una vez ejecutado el fideicomiso.

Obligaciones del Fideicomitente:

- a) Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso.
- b) Pagar los honorarios fiduciarios.
- c) En caso de que se transmitan los inmuebles, estará obligado al saneamiento para el caso de evicción.
- d) Colaborar con el Fiduciario al cumplimiento del fin, cuando para ello sea necesaria dicha colaboración.

Derechos y Obligaciones del Fideicomisario:

- a) Están limitados por el acto constitutivo, en principio tiene derecho a recibir los rendimientos o los remanentes que queden después de la extinción del fideicomiso, salvo pacto en contrario.
- b) Derecho a exigir rendición de cuentas.
- c) Derecho a modificar el fideicomiso, si es irrevocable por parte del fideicomitente.
- d) Facultad para transferir sus derechos de fideicomisario.
- e) Derecho a revocar y dar por terminado anticipadamente al fideicomiso, si así se prevé en el acto constitutivo.
- f) Obligación de pagar los impuestos, derechos y multas que se causen con la ejecución del fideicomiso.
- g) Obligación de pagar los gastos que se causen con la ejecución y extinción del fideicomiso.

h) Obligación de pagar los honorarios fiduciarios.

Modalidades y requisitos del contrato de fideicomiso.

Uno de los efectos fundamentales del fideicomiso, es la transmisión de la propiedad de los bienes del fideicomitente que pasan a formar lo que se conoce en el uso bancario como el patrimonio fiduciario, a partir de la fecha en que surta efectos el contrato de fideicomiso. En si, el fideicomiso no es el patrimonio, sino que este constituye el objeto de aquel.

En el fideicomiso no hay ningún desdoblamiento de la propiedad, porque el patrimonio fiduciario no puede tener dos titulares, ya que, es muy claro que cuando el fideicomitente transmite la propiedad al fiduciario, pasa de un titular a otro y no hay ningún desdoblamiento de la propiedad, puesto que los derechos de los fideicomitentes y fideicomisarios, una vez constituido el fideicomiso son personales y exigibles frente al fiduciario y de ninguna manera derechos reales

EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Conforme al artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, existen causas de terminación del fideicomiso en donde intervienen definitivamente el aspecto volitivo, es decir, que la voluntad de las partes o de una de ellas determina la extinción del fideicomiso.

Asimismo podemos contemplar que existen causas de terminación del fideicomiso que provienen de hechos ajenos a la voluntad de las partes.

Por virtud de estos aspectos generales veremos que ciertas causales de extinción provienen de ambas partes o de una sola de ellas y otras de hechos que les son ajenos. En atención a lo cual podremos apreciar la gran similitud que guarda esta figura con algunos contratos y actos jurídicos.

Diversos tipos de extinción

Los tipos de extinción no se limitan únicamente a aquellos que enumera el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sino que existen otras causales que dicho ordenamiento omite; como sería el caso de las causas previstas en el acto constitutivo y de algunos supuestos establecidos casuísticamente por el fideicomitente; incluso la destrucción de la cosa y otras situaciones análogas que se llegaren a presentar.

Entre las diversas clases de extinción de fideicomiso cabe destacar aquellas en que intervienen la voluntad de las partes, sin tomar en cuenta si están o no, previstas en la Ley, tenemos también aquellas en que no interviene la voluntad de las partes como sería el caso que se prevé en las fracciones II y III del mencionado artículo 357.

De esta forma podemos concluir que existen dos formas básicas para la extinción del fideicomiso y que son:

- a) Causas de extinción conforme a la Ley.
- b) Causas de extinción conforme a la voluntad de las partes.

Causas de extinción conforme a la Ley.

El artículo 357 de la ley de la materia señala en siete fracciones las causas de extinción del fideicomiso, las cuales analizaremos a continuación:

1. Por la realización del fin para el que fué constituido, esto es, que para la constitución del fideicomiso se establece un fin u objeto, uísimo que va a determinar la extinción del mismo. Al alcanzarse el fin determinado se extingue por sí mismo el fideicomiso.

Visto de esta manera, podemos considerar que todo fideicomiso constituido para la realización de hechos que deban ejecutarse una sola vez, quedará extinguido al lograrse la realización de esos hechos.

2. "Por hacerse imposible el fin"; sobre este punto, consideramos que es un tanto ambigua esta causal, en virtud de que no se determina si es una imposibilidad física, en la que queda comprendida tal imposibilidad en forma relativa.

3. "Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva en el plazo señalado al momento de la constitución o en su defecto a los veinte años siguientes a la constitución", esta fracción encuentra gran similitud con la mencionada en el inciso anterior, la única salvedad es de que en este supuesto se habla de una condición suspensiva que establece la extinción de un

fideicomiso ya nacido, cuya eficacia ha quedado sujeta a la realización de una condición que se ha convertido en imposible; o en su defecto a los veinte años siguientes a la constitución, lo cual implica que si no se cumple la condición en el plazo señalado, se hará dentro del plazo de veinte años, con lo que se elimina la posibilidad de que el fideicomiso se convierta en un mecanismo de amortización y estancamiento de la riqueza.

4. "Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto", en esta fracción encontramos cierta relación la fracción primera, con la sola diferencia de que en esta fracción se habla de una condición y no de un fin, aunque bien se podría hablar de un plazo final o extintivo.

5. "Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario"; evidentemente esta causa de terminación excluye a los fideicomisos creados por testamento, así como aquellos en que no aparece la figura del fideicomisario o su aceptación y aquellos en que el fideicomitente se haya reservado el derecho de revocar discrecionalmente el fideicomiso. Se adicionó a esta causal, el consentimiento de la institución fiduciaria, en los casos en que queden sin garantía los derechos de terceras personas nacidas durante la gestión del fideicomiso, y quede esta situación sin efecto, si los interesados garantizan el cumplimiento de las obligaciones de que se trate.

6. "Por revocación hecha por el fideicomitente"; esta procede únicamente cuando el fideicomitente se ha reservado ese derecho al constituir el fideicomiso; de esta disposición legal se deduce que la escritura normal del fideicomiso, tiene una duración preestablecida que será indefinida en los casos en que la ley lo autorice; pero en forma excepcional y solo cuando ha habido reserva expresa, el fideicomitente tiene la facultad de dar por concluido el fideicomiso a su voluntad, razón por la cual esa revocabilidad debe considerarse unilateral.

7. "El caso del párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito"; dicho artículo dice:

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden en que hayan de sustituirse, salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte o por renuncia o renoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya, si no fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso.

Causas de extinción conforme a la Voluntad de las Parte.

La voluntad de las partes es factor determinante para la terminación del fideicomiso, como se consigna en el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en sus fracciones V y VI. Es decir que el fideicomiso puede extinguirse por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario y en caso de revocación cuando el fideicomitente se haya reservado ese derecho en el acto constitutivo del fideicomiso.

Asimismo podemos deducir otras causas que no están previstas en la ley:

1. **Renuncia del fideicomisario.** Cuando el fideicomisario o beneficiario no aceptan los beneficios instituidos a su favor, en otras palabras, rechazan dichos beneficios y habiendo fallecido ya el fideicomitente, estaremos en otro caso de extinción del fideicomiso.
2. **Cumplimiento del término o plazo.** Por acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario se puede establecer el término de vigencia de un contrato de fideicomiso. Una vez llegado este término el fideicomiso se extinguirá y se entregarán los bienes al fideicomitente en caso de que se haya establecido a su favor la reversión del patrimonio o a favor del fideicomisario, en cumplimiento de lo establecido en el clausulado del fideicomiso.
3. **Dstrucción de la cosa.** Partiendo de la base de que el objeto o la cosa materia del fideicomiso es un elemento indispensable para la existencia del mencionado contrato, podemos afirmar que si la cosa se destruye como consecuencia lógica sobrevendrá la terminación del fideicomiso, en el entendido de que esta destrucción forzosamente deberá ser total, pues en caso contrario, el fideicomiso subsistiría sobre la parte que quede de los bienes, claro que hasta donde sea física y legalmente posible.

Al respecto hemos advertido que nuestro derecho no contempla esta situación; no obstante esta causal es obvia, en virtud de que el objeto es un elemento esencial de existencia del fideicomiso.

4. **Desaparición o transmisión de la materia del fideicomiso por causa de utilidad pública.** Tal como analizamos anteriormente al no existir bienes afectos al fideicomiso, éste dejará de tener materia u objeto. Lógico es pensar, que al hacerse el pago de la expropiación, se realice este a favor de la fiduciaria, quien a su vez lo hará llegar generalmente a los fideicomisarios, conforme a lo establecido en el contrato correspondiente.

Efectos de la terminación.

La terminación del fideicomiso trae una serie de consecuencias y una de las principales es la que se encuentra contenida en el artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que consiste en la desaparición del patrimonio y bienes afectos al fideicomiso, salvo disposición expresa en contrario del fideicomitente, volverán a este o a sus herederos.

Como consecuencia de la terminación, el fideicomitente o sus herederos podrán practicar una detallada inspección de los bienes que reciban en devolución y si encuentran un deterioro excepcional podrán ejercitar acción en contra del fiduciario, si estiman que dicho deterioro obedece a negligencia de este último.

Naturalmente que al extinguirse el fideicomiso y transmitirse el patrimonio (de afectación), cesará el derecho del fideicomisario o fideicomisarios a continuar percibiendo los beneficios de la situación resultante del fideicomiso que termina.

La terminación del fideicomiso trae como consecuencia la cancelación de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad en que se haya inscrito. Para hacer esta cancelación ordena el mencionado artículo 358 que bastará, tratándose de bienes inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso, y que esta declaración se asiente en el Registro Público de la Propiedad en que haya sido inscrito.

De esta forma podemos concluir que la terminación del fideicomiso, entraña la liquidación del patrimonio fideicomitado y por consiguiente la implicación de la institución fiduciaria.⁴⁰

⁴⁰Jose Adolfo Pérez Sandi Extinción del Fideicomiso, Primera edición, 1982 Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. México, p. 280.

III. LA RELACIÓN FIDUCIARIA

ELEMENTOS

De la misma manera en que en el *trust* por regla general, las partes integrantes de la relación son tres:

Settlor, trustee y cestui que trust o beneficiary,⁴¹ así también en el fideicomiso intervienen el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario.

SUJETOS

Fideicomitente: Puede establecerse la regla general de que todo el que sea capaz de disponer de derechos legales o de equidad es libre si así lo desea de transmitirlos a un *trustee*, para la realización de sus propósitos.

El fideicomitente es la fuente del fideicomiso.

La Ley sustantiva en vigor prescribe en su artículo 349, que solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto, o enajenación corresponda a dichas autoridades.

Distingue así el precepto anteriormente indicado varias categorías de fideicomitentes:

Personas físicas y jurídicas, autoridades judiciales y administrativas, incurre, sin embargo en un error técnico al enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que, como fideicomitente se les autoriza para afectar en fideicomiso. Con la única salvedad del caso de la enajenación, todos los demás propósitos o sea la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, si se tiene en cuenta, que para ello es condición indispensable, por producir el fideicomiso una transmisión de bienes a favor del fiduciario, que el fideicomitente goce de facultad de disposición sobre la cosa.

⁴¹Rodolfo Batiza. El Fideicomiso, teoría y práctica. Jus. México, 1991, p. 195

Dicha afirmación se limita al artículo comentado, sin que tenga el alcance general en el sentido de que las autoridades judiciales o administrativas, o que las corporaciones públicas y el estado no puedan tener el carácter de fideicomitentes, puesto que podrán serlo con respecto a aquellos bienes cuya disposición les corresponde conforme a las leyes.

Fideicomitente es, entonces, la persona que crea un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad.

EL GOBIERNO FEDERAL COMO FIDEICOMITENTE.

Desde 1936, se inicia la constitución de los fideicomisos públicos⁴², cuya cuantía y campo de aplicación ha aumentado en forma notable y que representan por su importancia una categoría aparte. Conforme a diversas disposiciones legales la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tenía el carácter de fideicomitente único del Gobierno Federal.

Las instituciones nacionales de crédito con pocas excepciones son fiduciarias en estos fideicomisos. Las Entidades Federativas como ya se indicó, están facultadas para constituir fideicomisos por la Ley de Inversiones Extranjeras de 1973 y de hecho algunas de ellas han establecido fideicomisos de interés público y social.⁴³

Fiduciario: Con referencia a nuestro derecho se ha exigido siempre que el fiduciario sea persona moral. Las diversas leyes que han estado en vigor han impuesto como un requisito, que el fiduciario sea una institución bancaria especialmente al efecto. Esta limitación de nuestra Ley es una característica que tiene en común con la legislación de los diversos países sudamericanos.

Prescribe la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 350 párrafo primero que solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley de Instituciones de Crédito, por el Gobierno Federal, al que competía otorgar discrecionalmente a la

⁴² El primer fideicomiso oficial parece haber sido celebrado en tal año entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Banco Nacional de Crédito Agrícola y Ganadero. No fue sino hasta 1943 cuando se organizó un sistema de registro de fideicomisos en el Departamento de Bancos, Moneda e Inversiones de la Dirección de Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y diez años después se creó una sección de fideicomisos. Para abril de 1956 se habían registrado 475 contratos de fideicomiso, y al 31 de diciembre de 1955 los fideicomisos representaban la cifra de \$ 1870 496 877. Rodolfo Bañiza, Op. cit. p. 199

⁴³ Principalmente el Banco de México, S.A., Banco de Obras y Servicios Públicos, S.A.; Financiera Nacional Azucarera, S.A.; Banco Nacional de Crédito Ejidal, S.A..

Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México.

Las concesiones eran por su propia naturaleza intransmisibles, y solamente podrían disfrutar de concesión las sociedades constituidas en forma de sociedad anónima de capital fijo o variable con arreglo a la Ley de Sociedades Mercantiles.

BANCOS MÚLTIPLES. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público elaboró las "reglas para el establecimiento y operación de Bancos Múltiples" de fecha 16 de marzo de 1976, que introdujo excepciones de importancia en el concepto de banca especializada que indicaba que, "se denominara banco múltiple a la sociedad que tenga concesión del Gobierno Federal para realizar los grupos de operaciones de banco de depósito, financieras, y de crédito hipotecario, sin perjuicio de la concesión que en su caso, tengan para realizar otros grupos de operaciones previstos en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares".⁴⁴

El régimen administrativo sobre los bancos múltiples fue incorporado con diversas modificaciones a la Ley Bancaria de 1941 por decreto de 22 de diciembre de 1978. Prescribía así la Ley que para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requeriría concesión del Gobierno Federal que discrecionalmente otorgaría la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo a la Comisión Nacional Bancaria y al Banco de México. Las concesiones serían intransmisibles y se referirían a uno o más de estos grupos de operaciones:

- I. Depósito
- II. Ahorro
- III. Financieras
- IV. Hipotecarias; y
- V. Múltiples

⁴⁴La Regla Primera establecía el proceso al que se sujetaba la solicitud de las Instituciones interesadas en operar como Banco Múltiple con referencia al proyecto de acuerdos de las asambleas de accionistas sobre fusiones, estados contables, programas de captación de recursos y otros datos. Se señalaba como condición para resolver favorablemente la solicitud, cuando las Instituciones no reunieran las concesiones a que se refieren las fracciones I, II y IV del artículo 2o. de la ley bancaria (banca de depósito, operaciones financieras, operaciones de crédito hipotecario) que, al fusionarse alcanzaran un total de activos no inferior a 2 500 millones, 2 200 millones, 1 900 millones y 1 600 millones de pesos según se tratara, respectivamente, de la fusión de dos, tres, cuatro, cinco o más instituciones (Regla Tercera).

Solamente podrían disfrutar de concesión las sociedades constituidas como sociedad anónima de capital fijo o variable conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las operaciones de las instituciones de banca múltiple se enumeran en el artículo 46 bis 1 de la Ley bancaria de 1941 y las reglas a las que se sujetaba su actividad en el 46 bis 2. Por lo que se refería a la realización de operaciones fiduciarias, las instituciones de banca múltiple quedaban sometidas a las reglas siguientes: deberían afectar a ellas el capital pagado y reservas de capital que fuera necesario para la observancia de las proporciones de responsabilidad a que se refería el artículo 45 fracción II de la Ley. El ejercicio de fideicomisos, mandatos o comisiones y la realización de otras actividades fiduciarias no incluía operaciones con las propias instituciones.

Con la nacionalización bancaria de septiembre de 1982 y la promulgación de las leyes reglamentarias del servicio público de banca y crédito de ese año y la de 1984, la situación del fiduciario institucional fue muy distinta. Pues como ya se indicó las funciones que desempeñaban las instituciones privadas se prestaron después exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, clasificadas en dos categorías:

Instituciones de Banca Múltiple e Instituciones de Banca de Desarrollo. Conforme al artículo 30 de esta Ley, las instituciones de crédito solo podrán realizar las operaciones siguientes: de las cuales cabe resaltar que en su fracción XV autoriza a las instituciones anteriormente descritas para practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y llevar a cabo mandatos y comisiones. Las operaciones bancarias se clasifican en operaciones pasivas y operaciones activas entre las cuales figura el fideicomiso.

Se había cerrado así un ciclo evolutivo en el desarrollo de las instituciones fiduciarias en México, que se había iniciado en 1926 que sin embargo, tampoco fue el último como consecuencia de la iniciativa presidencial de 2 de mayo de 1990, que resultó en la reprivatización de dichas instituciones.

Otra restricción de importancia con respecto al fiduciario, que en nuestro derecho se remonta a la Ley de Bancos de Fideicomiso y que ha venido reproduciéndose en las leyes sucesivas, es la prohibición de que las agencias o sucursales de bancos extranjeros practiquen operaciones fiduciarias en México. Dichas leyes hasta 1932, contenían esa prohibición en forma expresa y que en la Ley de 1941 era solo implícita al decir que los bancos e instituciones de crédito del extranjero podían tener en la República establecimientos y oficinas con el carácter de sucursales o agencias, únicamente para efectuar las operaciones de banca a que se refería la fracción I del

artículo 2 (banca de depósito) ajustándose a los requisitos especiales impuestos por la Ley (art. 6º).⁴⁵

Según lo dispuesto por la Ley Reglamentaria de 1984, la cual continúa en voga, pero con algunos cambios la Ley de Instituciones de Crédito en vigor prescribe en su artículo 7º "La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar el establecimiento en territorio nacional de oficinas de representación de entidades financieras del exterior. Estas oficinas no podrán realizar en el mercado nacional ninguna actividad de intermediación financiera que requiera de autorización por parte del Gobierno Federal y por tanto se abstendrán de actuar, directamente o a través de interpósita persona, en operaciones de captación de recursos del público, ya sea por cuenta propia o ajena, y de proporcionar información o hacer gestión u trámite alguno para este tipo de operaciones. Las actividades que realicen las oficinas de representación se sujetarán a las reglas que expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y a las orientaciones que de acuerdo a la política financiera señale la propia Secretaría y el Banco de México. La Secretaría de mención podrá autorizar el establecimiento en la República de sucursales de bancos extranjeros de primer orden, cuyas operaciones activas y pasivas podrán efectuarse exclusivamente con residentes fuera del país. El establecimiento de las mencionadas sucursales se sujetará a las reglas de carácter general que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y las operaciones que a estas, autorice la propia dependencia se sujetarán a las disposiciones que emita el Banco de México. Los bancos extranjeros de referencia sin perjuicio de la obligación de responder ilimitadamente con todos sus bienes por las operaciones que practiquen en la República, mantendrán afecto a las sucursales el capital mínimo que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tomando en cuenta los usos internacionales relativos a estas operaciones. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá declarar la revocación de las autorizaciones correspondientes, cuando las referidas sucursales y oficinas no se ajusten a las disposiciones a que se refiere este artículo, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la presente Ley y en los demás ordenamientos legales. Al ejercer las atribuciones que le confiere este artículo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público escuchará la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria. Las oficinas y sucursales se sujetarán a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y cubrirán las cuotas que por estos conceptos determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público".

⁴⁵Artículo 10 de la ley de 1941.

Por lo que hace al número de fiduciarios que puede designarse, la regla general en el derecho angloamericano es en el sentido de que el número de *trustees* es ilimitado, siendo que uno es suficiente, sin embargo cualquier cantidad es permisible.⁴⁶

La Ley actual establece:

"El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso (artículo 350 párrafo tercero). Se considera empero que esta posibilidad será más apropiada en relación del fideicomiso, cuando los fiduciarios sean personas físicas y es totalmente obsoleta tratándose de fiduciarios institucionales, vista la supervisión oficial a la que se encuentran sometidos, así como a su duración indefinida, sin embargo esto hasta éste momento aún no ha sido practicado".

Fideicomisario. La capacidad pasiva para ser beneficiario de un *trust* no es la misma que para ser *settlor* o *trustee*, de hecho una de las razones que con mas frecuencia originan el establecimiento de trust consiste en la adecuada protección de los incapacitados.⁴⁷ El *trust* no puede crearse a favor de una persona insuficientemente identificada como beneficiario pero no es preciso que lo sea en forma individual; basta que sea susceptible de identificación conforme a hechos o circunstancias previstos al constituirse el *trust*. Tampoco es esencial que los beneficiarios existan en el momento de la creación del *trust*. El *trust* es irrevocable por parte del *settlor*, incluso a pesar de que eunte con la conformidad de los demás beneficiarios. La persona que constituye un *trust* por acto entre vivos puede ser uno de sus beneficiarios o el beneficiario único.⁴⁸

Aún cuando no exista en nuestra legislación substantiva precepto que lo autorice en forma expresa, es indudable que, implícitamente, es lícito para el fideicomitente designarse en el contrato respectivo como fideicomisario único, o como uno entre varios fideicomisarios. En efecto, la prohibición legal para tener una doble calidad en la relación jurídica se refiere de modo exclusivo al fiduciario, el que no puede ser fideicomisario bajo pena de nulidad del fideicomiso, según lo prescrito por el artículo 348 último párrafo, de donde se sigue la autorización implícita para el fideicomitente de tener esa calidad.

La propia Ley en vigor establece que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica (artículo 348

⁴⁶ Underhill, Op. cit. p.221

⁴⁷ Scott, Op. cit. p.874

⁴⁸ Scott, Op. cit. ps. 878 y ss.

párrafo 1) Al exigir capacidad a los fideicomisarios, este artículo debe interpretarse en el sentido, no de aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, sino mas bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la Ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aún de no nacidos⁴⁹.

El artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito admite la validez del fideicomiso aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre y cuando el fin sea lícito y determinado, misma situación dentro de la cual quedarían incluidos los fideicomisos para la manutención y el cuidado de animales o aún para el cuidado de cosas inanimadas. Los problemas que podrían presentarse al momento de poner en práctica estos fideicomisos podrían resolverse de conformidad con el artículo 355 de la Ley en su párrafo segundo, el cual confiere al Ministerio Público el ejercicio de los derechos correspondientes cuando no existe fideicomisario determinado, o mediante la designación de un comité técnico o de distribución de fondos en los términos de la Ley de Instituciones en vigor en su artículo 80 último párrafo.

En igual forma que en el derecho angloamericano la Ley autoriza el fideicomiso a favor de los concebidos, según versa el propio artículo 359 fracción II de la propia Ley, tampoco se cree que exista objeción por cuanto al fideicomiso en provecho de personas inciertas pero desde luego será necesaria la indicación de hechos o circunstancias para su adecuada identificación.

Objeto

Resulta claro que un *trust* no puede establecerse, a menos que al tiempo de su creación exista un bien que sea su objeto, quedando perfectamente establecido que la creación no será posible con respecto a bienes cuya propiedad no se tiene, aunque alguna vez se haya tenido o aunque se espere tenerla en el futuro. También es cierto que cabe la posibilidad de la celebración de un contrato para la creación de un *trust* futuro, siempre y cuando se llenen los requisitos para la existencia de un contrato, puesto que la creación de un *trust* presupone la propiedad presente sobre una cosa, por otra parte es indiferente que el objeto del *trust* todavía no exista o que no sea propiedad de nadie, pero para el caso en que éste sea indefinido y no pueda individualizarse con certidumbre conforme a circunstancias que sean especificadas al tiempo que este sea constituido, no puede haber *trust*.

⁴⁹ Art. 359 fracc. II de la Ley Substantiva, al respecto también los artículos 1313 fracción I, 1314, 1315, 1316, 1318, 1319, 1321, 1324, 1325, 1328, 1331 y 1332.

Tal y como lo dispone la Ley actual en su artículo 351 en su párrafo primero, es resultado de combinar la generalidad del artículo segundo del proyecto Alfaro y la salvedad del proyecto Vera Estañol. Reproducida en las leyes de 1926, al decir que pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la Ley sean estrictamente personales de su titular.

Requisitos

La Cosa objeto del contrato debe:

- 1º Existir en la naturaleza;
- 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;
- 3º Estar en el comercio, al efecto el artículo 1825 del Código Civil las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley, por su naturaleza estan fuera del comercio las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente y por disposición de Ley las que ésta declara irreductibles a propiedad particular (artículos 748 y 749 del Código Civil).

Dentro de la categoría de los derechos que son considerados como estrictamente personales del titular y que por lo tanto no pueden ser objeto de fideicomiso, se encuentran comprendidos todos aquellos que por su naturaleza o por mandamiento legal son intransmisibles.

Licitud.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica en sus artículos 346 y 347 que el fideicomiso deberá ser constituido para la realización de un fin lícito determinado. Aclarando lo que debe entenderse por licitud en el fin, reproduciendo el texto del artículo 1280 del Código Civil de 1884, mismo que manifestaba que este no debía ser contrario a la Ley, ni a las buenas costumbres, disposición que sin embargo no fue reproducida en la Ley actual quizás por considerarse innecesario.⁵⁰

⁵⁰ " Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres " (artículo 1830, Código Civil).

Constitución.

En el derecho angloamericano, dentro de las formas más comunes de creación del *trust* se encuentran, la transferencia de bienes por acto entre vivos o por disposición testamentaria, aún cuando se reconocen otras formas estas son las más comunes.

La Ley substantiva en vigor ha dispuesto en su artículo 355 que "el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento".

Nacimiento de la relación.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no sigue la tendencia de condicionar la existencia del fideicomiso a la aceptación del fiduciario, estableciendo por el contrario que la institución no podrá excusarse sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio, al efecto el artículo 356, lo anterior influyó notablemente para sostener que la adhesión del fiduciario al acto constitutivo es solo una condición jurídica de ejecución y no de su perfección jurídica.

La pretendida obligatoriedad legal para las instituciones fiduciarias de aceptar los fideicomisos que se les encomienden, aparte de contrariar totalmente los principios expuestos por nuestro derecho constitucional no suprimen enteramente la posibilidad de excusa, de ahí que aún cuando nuestra legislación se incline por la situación opuesta se imponga la naturaleza contractual del fideicomiso, elevando la aceptación del fiduciario a un elemento esencial para la existencia del fideicomiso.

La formación del fideicomiso constituido por acto entre vivos, sigue el mecanismo que el derecho común prevé para los contratos, iniciándose por lo tanto con una oferta o una policitud.

"El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación", artículo 1807 del Código Civil, mismo que también dispone: "el consentimiento puede ser expreso o tácito: expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; tácito, cuando resulta de hechos actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente". Según versa el artículo 1803. Así pues es conveniente que por los requisitos de forma a que está sujeta la constitución del fideicomiso, así como las obligaciones que le son impuestas al fiduciario, la aceptación deberá ser expresa.

Delegados fiduciarios.

Las instituciones desempeñan su cometido y ejercen sus facultades, a través de ciertos funcionarios designados especialmente al efecto y de cuyos actos responden civilmente. Dichos funcionarios se les conoce como Delegados Fiduciarios.

La Ley Reglamentaria de 1984 dispuso lo siguiente:

"En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta Ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios" (artículo 61 párrafo primero). "El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos no formará parte del personal de la institución sino que según los casos se considera al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo cualesquier derechos que asistan a dichas personas conforme a la Ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectará en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso", (artículo 63)⁵¹.

La Ley de Instituciones de Crédito vigente reprodujo las disposiciones anteriores en forma literal en sus artículos 80 párrafo primero y 82.

La circular número 274 de 26 de junio de 1944, dirigida por la Comisión Nacional Bancaria a las instituciones y departamentos fiduciarios disponía que tan pronto como se nombre a los delegados fiduciarios, se dará aviso a la Comisión para que resuelva si se ejercita o no el derecho de veto que la ley concede y que, a fin de contar con todos los elementos de información necesarios para fundar la resolución, debe enviarse con la notificación y los siguientes datos respecto de la persona designada:

⁵¹ Con anterioridad a la nacionalización bancaria de 1982, el régimen legal aplicable a los empleados bancarios estaba contenido en el Reglamento de Trabajo de los Empleados de las Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares de 22 de diciembre de 1953 (D.O. del 30 y fe de erratas publicada el 2 de marzo de 1954). La Ley Reglamentaria de la Fracción XIII Bis del Apartado B del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, regula las relaciones laborales de los empleados de las instituciones que prestan el servicio público de banca y crédito.

La situación anterior cambió nuevamente con la reprivatización de la banca por decreto de 26 de junio de 1990.

1. Su nacionalidad, con indicación de si es mexicana por nacimiento o por naturalización y en este último caso cuanto tiempo lleva de radicar en el país;
2. Su edad;
3. Si es bien conocido y reputado en los círculos financieros y si tiene experiencia y aptitud necesarias para la administración de empresas y negocios de cualquier clase, con las explicaciones necesarias sobre los antecedentes del interesado;
4. Sus ingresos aproximados y si puede considerarse que tiene la independencia económica necesaria para la mayor garantía de eficaz cumplimiento de las comisiones que se le confieran;
5. Todos los demás datos complementarios y referencias que puedan servir para integrar la información requerida.

La función del delegado fiduciario es de carácter esencialmente jurídico.

OBLIGACIONES, FACULTADES Y DERECHOS DEL FIDUCIARIO

Las obligaciones del fiduciario existen en primer término frente al fideicomisario y frente al fideicomitente, y de manera subsidiaria frente a los herederos de este. Tiene además la mayoría de las veces como una derivación de las que debe a las otras partes en la relación jurídica, ciertas obligaciones frente a determinadas autoridades, sobre todo la Comisión Nacional Bancaria y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. También son a su cargo obligaciones de otra índole, especialmente las de carácter fiscal.

Inscripción

El fideicomiso cuyo objeto recaiga en inmuebles debe inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público del lugar de la ubicación (art. 353 de la Ley sustantiva).

Obligaciones respecto al Objeto.

- a) Control y conservación de los Bienes.

Ni la Ley sustantiva, ni la bancaria prevén esta obligación en forma explícita, sin embargo es indudable que aún a falta de precepto expreso, en fideicomisos constituidos por acto entre vivos y cuyo objeto consiste en cosas corpóreas el fiduciario recibe bienes que debe conservar y mantener en forma segura. Tampoco tiene obligación expresa de formar inventario, pero en la práctica, el acto constitutivo con frecuencia contiene una lista sobre todo tratándose de valores, que hace así las veces de inventario. Si se le entregaran bienes bajo inventario sería de elemental precaución que el fiduciario comprobará su exactitud⁵².

b) Registros contables

Conforme a nuestro derecho el fiduciario tiene la obligación de registrar en su contabilidad los fideicomisos que celebre. A partir de la Ley Bancaria de 1932 se estableció que en la contabilidad de las instituciones fiduciarias, los bienes, derechos y valores que hayan sido dados en fideicomiso y los productos de ellos, se harán constar en cuenta especial y en ningún caso estarán afectos a otras responsabilidades o al ejercicio de otras acciones que las derivadas del fideicomiso mismo o las que contra ellos corresponda a terceros de acuerdo con la Ley. (art. 93). La disposición pasó íntegramente a la Ley Bancaria de 1941.

Para el año de 1984, la Ley Reglamentaria del mismo año, modificó substancialmente el texto anterior para quedar como sigue:

"En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales para cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladoras con las contabilidades especiales.

En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión, o custodia o las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la Ley".

⁵²Al efecto el artículo 552 del Código Civil

La Ley de Instituciones de Crédito vigente reprodujo íntegramente esta disposición en su artículo 79.

La Ley no señala un plazo determinado para el cumplimiento de esta obligación de registro contable.

c) Separación e Identificación de Bienes.

Como ya se vio la ley bancaria impone a las instituciones, la obligación de abrir una contabilidad especial para cada contrato de fideicomiso. En términos generales resulta muy conveniente la separación contable de los fideicomisos, sin embargo esto no debe extremarse a tal punto que impida el desarrollo de "fondos comunes"⁵³ habiendo conformidad de los interesados.

d) Cuidado y Pericia

Al administrar el fideicomiso el fiduciario está obligado a ejercer el cuidado y la pericia que un hombre de prudencia normal emplea en el manejo de sus propios bienes.

La obligación del fiduciario existe siempre, ya reciba compensación por sus servicios o las desempeñe gratuitamente.

La obligación del fiduciario consistente en emplear cuidado y pericia razonables, puede considerarse incorporada en el proyecto Alfaro a través del concepto "buen padre de familia".

e) Productividad e Inversiones

La obligación del fiduciario de hacer productivos los bienes dados en fideicomiso no fue prevista en la legislación especial, aunque el derecho común la impone en casos especiales. Por lo que se refiere a inversiones, la situación conforme a la reforma del decreto de 31 de diciembre de 1973 (D.O. de 3 de enero de 1974) era la siguiente:

"En toda clase de operaciones que impliquen adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversión de dinero o fondos líquidos, deberá la institución fiduciaria ajustarse estrictamente a las

⁵³Rodolfo Bariza. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Ed. Porrúa, 1985 p. 133 apud. American Bankers Association : *Common Trust Funds. A Hand Book on their Purposes, Establishment, and Operations*, 1948, pag. 13

instrucciones del fideicomitente, comitente o mandante. Cuando las instrucciones del fideicomiso, mandato o comisión no fuesen suficientemente precisas o cuando se hubiere dejado la determinación de la inversión a la discreción de la institución fiduciaria, aquella se realizará necesariamente en los valores que determine el Banco de México, debiendo procederse a la inversión en el menor plazo posible y a la notificación y al registro a que se refieren las fracciones III y IX de este artículo". (art. 45, fracción VI, ley anterior)⁵⁴.

Por lo que se refiere a los fideicomiso de inversión, el decreto de 31 de diciembre citado, dispuso:

"Las instituciones o departamentos fiduciarios se abstendrán de aceptar el desempeño de fideicomisos, mandatos o comisiones mediante los cuales reciban fondos destinados al otorgamiento de créditos que no se ajusten a las disposiciones de carácter general que al efecto dicta el Banco de México, las cuales incluirán normas sobre canalización efectiva del crédito y depósito legal. Tampoco podrán aceptar instrucciones posteriores a la celebración del fideicomiso, mandato o comisión que no se ajusten a lo dispuesto en el párrafo anterior" (art. 45, fracción VI, párrafos segundo y tercero de la Ley Bancaria anterior.).

La Ley Reglamentaria de 1984 carecía de disposiciones equivalentes a las contenidas en las fracciones VII y VIII del artículo 45 de la Ley Bancaria de 1941, el único precepto que tiene cierta relación era el artículo 62, cuyo texto fue adoptado con un pequeño cambio por la Ley de Instituciones de Crédito de 1990 en su artículo 81.

f) Diversificación

La Legislación Especial no contiene normas en materia de diversificación de inversiones por parte del fiduciario. Sin embargo otras disposiciones de la Ley Bancaria y de la relativa a sociedades de inversión pueden suplir el vacío.

A falta de normas expresas en nuestra legislación especial, podrían tomarse en cuenta las disposiciones de la Ley Bancaria de 1941, que reglamentaban la concesión de préstamos por parte de las instituciones de crédito hipotecario:

⁵⁴ El texto de la fracción VI, antes de la reforma de 1973 que había sido modificada por decreto de 29 de diciembre de 1956, señalaba como inversión necesaria la hecha en valores aprobados por la Comisión Nacional de valores o en los emitidos o por las instituciones nacionales de crédito.

El importe del préstamo no sería mayor del 50% del valor total de los inmuebles, obras o fincas que quedarán afectos en garantía hipotecaria, ni del 30% de este valor cuando las construcciones de carácter especial, la maquinaria u otros muebles inmovilizados representaren más de la mitad del valor de los bienes dados en garantía, salvo cuando dichas construcciones fueran susceptibles de fácil transformación a juicio de la Comisión Nacional Bancaria o cuando el préstamo se efectuara por una institución de crédito hipotecario especializada, casos en que el límite podría ser hasta de 50%, el préstamo podría concederse hasta por el 65% del valor de los inmuebles, obras o fincas que quedaran afectos en garantía, siempre que el importe del préstamo no fuera superior a \$50,000. En todo caso los préstamos deberían ser garantizados con hipoteca, en primer lugar sobre los bienes para los que otorgara el préstamo o sobre otros bienes inmuebles o inmovilizados, o mediante la entrega de los mismos bienes, libres de hipoteca o de otra carga semejante, en fideicomiso de garantía (art. 36 fracción V inciso a)⁵⁵.

g) Acciones judiciales

La obligación del fiduciario de promover y defender acciones judiciales, no prevista en las legislaciones especial y bancaria debe, no obstante considerarse existente desde el momento en que se transmite el dominio de los bienes.

Obligaciones respecto a las partes

a) Ajustarse a las instrucciones.

De conformidad con la Ley sustantiva. " La institución fiduciaria ... estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo ..." (art. 356) Incapacitando de esta forma al fiduciario para usar los bienes en forma que desvirtúe los fines para los cuales fueron fideicometidos.

b) No delegar

Una de las obligaciones del fiduciario para con los beneficiarios, es la de no delegar en otras personas la administración del fideicomiso, o la ejecución de los actos derivados de ella, que el

⁵⁵Tal precepto se invoca únicamente como norma orientadora. Por la misma razón se hace caso omiso de las reformas introducidas por el decreto de 31 de diciembre de 1973.

fiduciario debe ejecutar de manera personal, por supuesto esto no significa que el fiduciario deba llevar a cabo todos los actos necesarios o convenientes para la ejecución del fideicomiso, pues puede el fiduciario con entera corrección autorizar que algunos de ellos se realicen por otras personas, cuando no es razonable exigirle una intervención personal.

En cuanto a nuestro derecho esta situación no fue prevista por ninguna ley, desde las de 1926 hasta las que están en vigor, pero a pesar de ello también puede llegarse a la conclusión de que el cargo es indelegable. En efecto la existencia de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios, cuya designación puede ser vetada por la Comisión Nacional Bancaria, a los que puede esta remover y a través de los cuales las instituciones especializadas desempeñan su cometido y ejerzan sus facultades, demuestra que se quiso encomendar tan delicada misión a personas determinadas, plenamente responsables. Si así no fuera y pudieran delegar su actividad en terceros haríase nugatoria la supervisión oficial a la que están sujetos. Sin embargo resultaría tan excesivo como innecesario, imponerles la obligación absoluta de ejecutar personalmente todos y cada uno de los actos derivados de la administración del fideicomiso.

Como criterio para determinar cuales actos deben necesariamente realizarse por los delegados fiduciarios y en cuales podrían auxiliarse por dependientes, se adoptaba el de que los actos mediante los cuales se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que implican voluntad de mando o decisión, deberán ser realizados por los delegados fiduciarios: las funciones secundarias o auxiliares que se reducen a formalidades o trámites, podrán ser desempeñadas por dependientes.

c) Lealtad e imparcialidad

La obligación fundamental del fiduciario hacia los beneficiarios, es la de la lealtad. Esta obligación no le es impuesta en virtud de ninguna disposición de los términos del fideicomiso se encuentra en la relación fiduciaria sino por efecto de la relación derivada de su simple creación, el fiduciario se encuentra en una relación fiduciaria frente a los beneficiarios y ocupa una posición a la cual han atribuido los tribunales un standard o nivel de conducta muy elevado y estricto que puede observarse cuando su interés personal esta en conflicto con sus obligaciones.

Por regla general, el fideicomiso se establece en provecho de mas de un beneficiario, por lo cual es obligación del fiduciario tratar a todos ellos de manera imparcial. Conforme a los términos del instrumento podrá tener facultades discrecionales para favorecer a un beneficiario frente a otro, en

cuyo caso el juez no ejercerá supervisión alguna en su ejercicio, salvo para prevenir o reparar un abuso.

Las leyes especiales son por completo omisas a este respecto. Ni siquiera la legislación general, mercantil o civil, contiene disposiciones aprovechables.

Por supuesto, el problema se eliminaría si el instrumento de fideicomiso contuviera disposiciones expresas; pero es precisamente en casos de silencio del acto constitutivo, cuando se echan de menos las normas jurídicas supletorias.

d) Avisos y notificaciones.

Prescribía la Ley Bancaria de 1941 que:

De toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice la institución en cumplimiento de su cometido, dará aviso al beneficiario en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a su cobro. Igualmente, notificará toda operación de inversión, adquisición o sustitución de bienes, dentro del mismo plazo, comunicando el detalle necesario para la identificación de los bienes adquiridos. En caso de que por la naturaleza del fideicomiso o por disposición expresa del fideicomitente o comitente o mandante deba suprimirse esta notificación, la institución deberá dentro de igual plazo, inscribir la operación con el detalle anteriormente indicado, en un registro especial foliado y sellado que llevará la institución con carácter rigurosamente secreto (art. 45 fracción IX).

e) Suministro de informes

La legislación especial no prevé de modo especial esta obligación para el fiduciario, ni la legislación general, mercantil o civil, ofrece disposiciones aprovechables. Sin embargo no siendo de naturaleza muy diferente de la rendición de cuentas, debe estimarse existente; pero sería preferible consignarla en el acto constitutivo del fideicomiso.

f) Secreto profesional

El carácter confidencial de la relación debe ser estrictamente inviolable. La Ley Bancaria de 1941 disponía que, con la salvedad de la información para la Comisión Nacional Bancaria, la violación

del secreto propio de las instituciones de fideicomiso, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios y en reclamaciones que no fueran aquellos entablados por el fideicomitente, fideicomisarios, comitentes o mandante contra la institución o viceversa, constituiría a esta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes (art. 45 fracción X reformado por decreto del 29 de diciembre de 1956), el precepto anterior fue literalmente reproducido en el artículo 94 de la Ley Reglamentaria de 1984 de donde pasó en igual forma a la Ley de Instituciones en vigor (art. 118)⁵⁶.

g) Llevar y rendir cuentas

Por cuanto a la obligación de rendir cuentas, se hallaba expresamente consignada en la Ley Bancaria de 1941 al disponer que cuando la institución fiduciaria al ser requerida, no rindiera las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días, procedería su remoción (art. 138); que la Ley Reglamentaria de 1984 incluyó en su artículo 65 y la Ley de Instituciones de 1990 en su artículo 84, primer párrafo.

Obligaciones respecto a terceros

a) Autoridades supervisoras

La obligación del secreto profesional para las instituciones fiduciarias reconoce la excepción legal ya indicada:... "con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria" (art. 45 de la Ley de Instituciones anterior).

b) Estados mensuales y Balance general

La Ley reglamentaria de 1984 se concretó a disponer en su artículo 80:

⁵⁶Por circular no. 538 de 13 de marzo, 1956. La Asociación de Banqueros de México transcribió a las instituciones asociadas la gestión motivada por el oficio circular no. 4316-289 de 6 de febrero, relativo a informes sobre operaciones de fideicomiso, girado por la Comisión Nacional Bancaria, solicitándole que con base en la obligación del secreto profesional, se modificara dicho oficio circular, eliminando los nombres del fideicomitente y fideicomisario y el objeto del contrato en la parte que sea confidencia. Esta solicitud no produjo resultados.

"La Comisión Nacional Bancaria mediante disposiciones de carácter general, señalará las bases a que se sujetará la aprobación de los estados financieros mensuales y del balance general anual por parte de los administradores y servidores públicos de las instituciones de crédito; su publicación en periódicos de amplia circulación, así como el procedimiento a que se ajustará la revisión que de los mismos efectúe la propia comisión". Este precepto fué adoptado en el artículo 101 de la Ley de Instituciones de Crédito en vigor, con la adición de un nuevo párrafo:

La propia Comisión podrá ordenar correcciones, que a su juicio fueren fundamentales y ameriten su publicación, quien podrá acordar que se publiquen con las modificaciones pertinentes y en su caso esta publicación se hará dentro de los quince días siguientes al acuerdo".

c) Autoridades fiscales

Establecía la Ley Bancaria de 1941 que en los casos en que procediera de acuerdo con lo dispuesto por la Ley del Impuesto Sobre la Renta y su Reglamento y demás leyes aplicables, las instituciones fiduciarias estarían obligadas a retener y pagar los impuestos correspondientes o a verificar la cancelación de timbres en los recibos que se expidieran cuando el impuesto se causara en esa forma (art. 45 fracción XV reformado por el decreto de 29 de diciembre de 1956) esta disposición no fué incluida en las leyes reglamentarias de 1982 y 1984, ni en la Ley de Instituciones de Crédito vigente.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1980 en vigor, impone en su artículo 9º las obligaciones que ya se indicaron.

El Código Fiscal de la Federación de fecha 30 de diciembre de 1981, dispone que son responsables solidarios con los contribuyentes:

- I. Los retenedores y las personas a quienes las leyes impongan la obligación de recaudar contribuciones a cargo de los contribuyentes hasta por el monto de dichas contribuciones.
- II. Las personas que estén obligadas a efectuar pagos provisionales por cuenta del contribuyente, hasta por el monto de estos pagos (art. 26 fracciones I, II).

La Ley del Impuesto Sobre la Renta de 1964, por su parte establecía que las instituciones de crédito autorizadas para llevar a cabo operaciones fiduciarias eran solidariamente responsables con los causantes con quienes operaran la presentación de los avisos, declaraciones y

manifestaciones del Impuesto Sobre la Renta. Lo eran también hasta donde alcanzaran los bienes fideicomitidos, por el pago de los impuestos sobre los ingresos derivados de la actividad objeto del fideicomiso. La Comisión Nacional Bancaria en auxilio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, vigilará el cumplimiento esta disposición (art. 11 segundo párrafo).

PROHIBICIONES

a) Fideicomisos de Inversión

La Ley reglamentaria de 1984, prescribía:

" A las instituciones de crédito les estará prohibido, XVIII". En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta Ley

Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende. Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, estos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente absteniéndose de cubrir su importe. Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno. En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertará en forma notoria este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que se hizo saber en forma inequívoca su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión.

El artículo anterior fué adoptado literalmente en el artículo 106 fracción XIX inciso B de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1990.

b) Operaciones Interdepartamentales

Conforme a la Ley Bancaria de 1941, estaba prohibido a los departamentos fiduciarios efectuar operaciones con departamentos de la misma institución; la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podría autorizar mediante acuerdos de carácter general la realización de determinadas operaciones (art. 46 fracción III reformado por el decreto de 29 de diciembre de 1956).

Esta prohibición básicamente se refería a las operaciones contractuales celebradas entre departamentos de una misma institución prohibiéndolas por estimar que para la validez de un contrato era preciso que existieran dos partes contratantes y entre tales departamentos no se llenaba dicho requisito pues la personalidad es única e indivisible, por cuyo motivo el contrato debía reputarse inexistente, debiendo considerarse dentro de dicha situación los fideicomisos de garantía en que la institución interviniera como fiduciaria y que se otorgaran en relación con operación diversa realizada por la misma. Agregando que en el caso de instituciones autorizadas para llevar a cabo varios grupos de operaciones, sería necesario, para que el departamento fiduciario pudiera operar por cuenta ajena con los demás departamentos, que el acto constitutivo del fideicomiso o sus reformas lo autorizarán y que las condiciones de cada operación fueran aprobadas por un comité técnico o de distribución de fondos creado en la forma establecida por el artículo 45 fracción IV de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares de 1941.

c) Operaciones por cuenta propia

Las Instituciones o Departamentos fiduciarios tenían prohibida la realización por cuenta propia de cualquier clase de operaciones, salvo las que pudieran llevar a cabo con su capital o reservas en los términos de la fracción XIII del artículo 45 de la Ley Bancaria de 1941.

La prohibición parecía derivar de la liquidez que conviene que tengan las instituciones y a la función que se les atribuye de servir como intermediarias entre las partes interesadas de los actos que tienen autorización para realizar.

d) Operaciones ajenas a su función

Esta prohibido a las instituciones y departamentos fiduciarios. "Celebrar contratos de fideicomiso que tengan por objeto el pago periódico de primas o cuotas destinadas a integrar el precio de compra de casas habitación o celebrar los mismos contratos con empresas constructoras, cuando tengan por objeto la venta de casas a plazos o con pagos anticipados para completar las garantías". (art. 46 fracción V).

Otras operaciones ajenas a su función han sido desautorizadas por vía administrativa.

e) Préstamos a funcionarios

Se prohíbe a las instituciones o departamentos fiduciarios. "Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones a que se refiere el segundo párrafo en la fracción VI del artículo 45 de la Ley de 1941 (fideicomisos de inversión), para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios, los miembros de su consejo de administración, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones el accionista o accionistas que posean la mayoría en las asambleas de la institución o que la gobiernen, los directores generales, gerentes generales, los comisarios propietarios o suplentes estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o conyuges de todas las personas citadas; o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones (art. 46 fracción IV).

La Ley Reglamentaria de 1984 reprodujo la disposición anterior en su artículo 84 fracción XVIII inciso c) que a la letra dice:

"Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones mediante los cuales reciban fondos destinados, al otorgamiento de créditos para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores, sus delegados fiduciarios, los miembros de su Consejo Directivo, tanto propietarios como suplentes estén o no en funciones los servidores públicos de la institución; los comisarios, propietarios o suplentes, estén o no en funciones los auditores externos de la institución, los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o conyuges de las personas citadas o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones".

La Ley de Instituciones de Crédito en vigor adoptó el precepto con dos modificaciones, por una parte la prohibición de las fiduciarias se refería a la facultad discrecional que tuvieran en el otorgamiento de los créditos; y por otra, adicionaba la lista de personas enumeradas con las que el Banco de México, determinará mediante disposiciones de carácter general (art. 106 fracción XIX inciso c).

LIMITES DE OPERACION

a) Proporción entre responsabilidades y capital

La Ley Bancaria de 1941 establecía que la actividad de las instituciones fiduciarias se sometería a las siguientes reglas:

I Cuando se tratara de operaciones de fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal en instituciones nacionales de crédito o que declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda, y en general de practicar operaciones que no impliquen transferencia a favor de la institución de bienes o derechos de ninguna clase, no se computarán estas operaciones;

II. Cuando se trate de operaciones de mandato, comisión, custodia o de administración o de percibir el importe de bienes destinados a su liquidación en curso de un procedimiento judicial el monto de las rentas, percepciones o valor de los bienes custodiados en su poder no podrá exceder de cuarenta veces el capital pagado y reservas de capital;

III. Cuando se trate de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercitará como titular, derechos que le habían sido transferidos con encargo de realizar un determinado fin o de percibir el importe de realización de bienes cuya liquidación no formará parte de una tramitación de títulos valores u otros bienes, así como de aquellas otras operaciones no comprendidas en los incisos anteriores, el importe de las responsabilidades contraídas no podrá exceder de treinta veces el capital pagado y reservas de capital.

El importe de las responsabilidades por todos los conceptos anteriores, no podría exceder en ningún caso de la suma de las partes correspondientes del capital pagado y reservas de capital multiplicados por los coeficientes respectivos (art. 45 fracción II Ley de 1941)⁵⁷.

El régimen de proporciones era una precaución llevada a extremos innecesarios. El fiduciario responde tan solo de los daños causados por su culpa, responsabilidad que quedaba cubierta y garantizada suficientemente con el capital mínimo legal.

⁵⁷La Comisión Nacional Bancaria expidió la circular Número 723 de 7 de octubre de 1976 en que informó a las instituciones de crédito con departamento fiduciario que la Secretaría de Hacienda en uso de las facultades concedidas en el párrafo quinto del artículo 1o. de la ley bancaria de 1941, había dictado las reglas contenidas en el oficio número 305-III-40108.

FACULTADES Y DERECHOS

Puede afirmarse que la única razón de ser de las facultades que corresponden al fiduciario consiste en hacerle posible el cumplimiento de su obligación fundamental, o sea la realización del fin del fideicomiso que se le encomienda. Sus facultades están íntegramente subordinadas al cumplimiento de sus obligaciones y estas son en número mayor y de naturaleza más variada que aquellas.⁵⁸

La Ley substantiva en vigor dispone que:

"Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y en consecuencia, solo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para el deriven del fideicomiso o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros a (art. 351 párrafo tercero). Agrega la Ley que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas y limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo" (art. 356).

Para estar en aptitud de determinar las facultades del fiduciario será indispensable analizar en cada caso los términos del fideicomiso, y así saber que facultades se concedieron al fiduciario, cuales se reservó el fideicomitente y cuales derivan para él, del acto constitutivo, cuales corresponden al fideicomisario y en que consiste el fin del fideicomiso.

Actos de dominio

a) Facultad de enajenar, permutar y donar

⁵⁸Rodolfo Batiza, Op. cit. p. 344 Afirma Morineau : " El fideicomiso es la transformación del derecho de propiedad de potestativo en obligatorio. Se conserva la esencia de derecho y se cambia su modo de ejercicio. Solamente desaparece la *facultas optandi* descubierta por el Lic. García Maynez, vid. Morineau, Oscar: *Alergia a los Conceptos*. Jus no. 119 junio 1948.

La afirmación es en principio acertada y solo habría que hacer la salvedad, cuando existen, de facultades discrecionales. De todas maneras, la realización del fin del fideicomiso subsiste como meta primordial.

La Ley substantiva vigente no especifica los actos o facultades que el fiduciario puede celebrar o ejercer. La Ley Bancaria de 1941 ordenaba que en las operaciones que implicaran adquisición o sustitución de bienes o derechos o inversión de dinero o fondos líquidos, la institución debería ajustarse a las instrucciones del fideicomitente, y cuando no fueren suficientemente precisas o cuando se hubiere dejado la inversión a la discreción del fiduciario, esta se realizaría en valores aprobados por la Secretaría de Hacienda a través de la Comisión Nacional de Valores o en los emitidos o garantizados por el Gobierno Federal o por las Instituciones Nacionales de Crédito, atribución que corresponde ahora al Banco de México.

Teniendo en cuenta que la Ley substantiva es omisa y para el caso de falta de disposición expresa del acto constitutivo, se estima que la semejanza de situaciones justifica la aplicación analógica del artículo 561 del Código Civil, al disponer:

"Los bienes inmuebles, los derechos anejos a ellos y los muebles preciosos no pueden ser enajenados, ni gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor, debidamente justificadas y previas la conformidad del curador y la autorización judicial".

Nuestro derecho positivo no prevé de manera expresa la facultad del fiduciario para permutar por lo cual habrá de tener en cuenta sobre este particular el criterio ya expuesto, en el sentido de examinar las facultades conferidas en cada caso concreto, lo mismo que el fin del fideicomiso. Dentro de las operaciones de adquisición de bienes o derechos, cuando se ha dejado la determinación de la inversión al fiduciario, no parece que haya inconveniente en que se realicen mediante permuta, si al hacerlo así se cumple con las limitaciones impuestas por la propia Ley.

En nuestro derecho, por las razones expuestas, al tratar de la facultad de enajenar consideramos que podría aplicarse por analogía la prohibición del Código Civil en el sentido de que el tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado. (art. 576).

b) Facultad de obtener créditos y gravar

En general el fiduciario carece de la facultad para gestionar préstamos con cargo a los bienes aún cuando no los grave. En situaciones de emergencia se admite que un juez pueda autorizar al

fiduciario para hipotecar o dar en prenda bienes del fideicomiso, aún si no se le ha otorgado dicha facultad y aún a pesar de que se la haya prohibido en forma expresa⁵⁹.

Nuestra legislación especial no contiene ninguna norma sobre este punto, motivo por el cual podría llenar ese vacío otro precepto de derecho común de aplicación en la tutela, al establecer "que sin autorización judicial no puede el tutor recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato" (art. 575 del Código Civil).

c) Facultad de transigir, comprometer en arbitros y desistirse.

La falta de preceptos en nuestra legislación especial hace de nuevo necesario recurrir al Código Civil conforme al cual "se requiere licencia judicial para que el tutor pueda transigir o comprometer en arbitros los negocios del incapacitado" (art. 566); para que el tutor pueda transigir: "cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o en valores mercantiles o industriales cuya cuantía exceda de mil pesos, necesita del consentimiento del curador y de la aprobación judicial otorgada con audiencia de éste" (art. 568)⁶⁰.

d) Actos de administración

No siempre es fácil establecer en forma precisa la distinción entre actos de dominio y actos de administración, pero se ha propuesto el criterio de que ello depende de que un precepto legal expresamente autorice o niegue la ejecución de actos determinados.

e) Facultad de arrendar

La legislación especial es omisa en cuanto a esta facultad del fiduciario, por lo cual podría ser de aplicación supletoria el artículo 573 del Código Civil:

"El tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por más de cinco años, sino en caso de necesidad o utilidad, previos el consentimiento del curador y la autorización judicial, observándose en su caso lo dispuesto por el artículo 564".

⁵⁹Scott, Op. cit. ps. 1587 y ss.

⁶⁰Scott, Op.cit. ps. 1589 y ss.

"El arrendamiento hecho de conformidad con el artículo anterior, subsistirá por el tiempo convenido aún cuando se acabe la tutela, pero será nula toda anticipación de rentas o alquileres por más de dos años" (art. 574).

f) Reparaciones y mejoras

Tampoco existen normas al respecto en la legislación especial, el Código Civil establece que: "Para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación o de reparación necesita el tutor ser autorizado por el juez" (art. 565) la clasificación de gastos en necesarios, útiles y voluntarios contenida en este ordenamiento puede prestar ayuda al respecto.⁶¹

g) Empleo de auxiliares

El artículo 63 de la nueva Ley reglamentaria del servicio bancario prescribe:

Artículo 63. El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos no formará parte del personal de la institución, sino que según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo cualesquier derechos que asistan a dichas personas conforme a la Ley, los ejercitarán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectará en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso.

h) Facultad de erogar

La legislación especial carece de reglas relativas a gastos realizados en la administración del fideicomiso, pero es incuestionable que el fiduciario tiene la facultad implícita de efectuarlos y el derecho a ser reembolsado. Por analogía serían aplicables las disposiciones siguientes: "El comitente estará obligado a satisfacer al contado al comisionista, mediante cuenta justificada el importe de todos sus gastos y desembolsos con el interés comercial desde el día en que los hubiere hecho" (art. 305 del Código de Comercio); "El mandante debe anticipar al mandatario, si este lo pide las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiere anticipado debe reembolsarlas al mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que

⁶¹Art. 817. " Son gastos necesarios los que están prescritos por la ley y aquellos sin los que la cosa se pierde o se desmejora "; Art. 818 " Son gastos útiles, aquellos que sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa ", Art. 819. " Son gastos voluntarios los que sirven sólo al ornato de la cosa o al placer o comodidad del poseedor ".

este exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo el anticipo" (Código Civil artículo 257) "Los gastos hechos por el albacea en el cumplimiento de su cargo, incluso los honorarios de abogado y procurador que haya ocupado, se pagarán de la masa de la herencia" (art. 1736).

i) Pleitos y cobranzas

Las Leyes Especiales no prevén en forma expresa esta facultad del fiduciario, por lo cual, aún en ausencia de disposiciones específicas, estimamos que normalmente el fiduciario tendrá tal facultad que, en ciertas situaciones, podrá revestir carácter de obligación.

Honorarios

Nuestras leyes de 1926 no preveían de manera expresa lo relativo a los honorarios correspondientes a los Bancos de Fideicomiso. La Ley tampoco se refería a la situación de varios fiduciarios. En la Ley Bancaria de 1941, establecía en el artículo 45 bis, adicionado por decreto de 29 de diciembre de 1956, que el Banco de México estaría facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones recibirían como fiduciarias, comisionistas o mandatarias, así como el de los intereses y otros cargos, en las operaciones de crédito a que se refería el segundo párrafo de la fracción VI del artículo 45.

La tarifa de servicios fiduciarios les fué enviada por la Asociación de Banqueros de México con la circular de 27 de junio de 1977, revisada posteriormente, enumeraba los siguientes tipos de operaciones: garantía, mexicanización de empresas, inmigrantes, rentitas, depósitos condicionales en efectivo, administración (adquisición de inmuebles urbanos, condominios y desarrollos turísticos en la zona restringida, fracciones, adquisiciones de inmuebles unifamiliares en dicha zona) con base en póliza de seguro, testamentarios, inversión (planes de beneficio a empleados de varios tipos) y otros beneficiarios y avalúos.

La tarifa esta basada en una cuota fija y un porcentaje adicional por estudio y aceptación del negocio, y una cuota fija y un porcentaje adicional por manejo anual que debía cubrirse por anualidades semestres o trimestres adelantados o vencidos según el caso.

Publicidad de servicios

En nuestra legislación no se preveía la facultad del fiduciario para difundir por medios publicitarios los servicios de fideicomiso, lo cual por lo demás era innecesario ya que se trataba de una expresión natural de toda empresa mercantil. Desde hace muchos años la Comisión Nacional Bancaria intervino a ese respecto mediante la circular número 304 de 26 de diciembre de 1947.

Decía la circular que a nadie escapaba la importancia de la publicidad y la influencia que ejerce sobre el público, haciéndole un sujeto pasivo fácilmente inducible al error, consideración que ligada al deber que tenía la Secretaría de Hacienda de velar por el correcto ejercicio de las operaciones de crédito a través de la Comisión Nacional Bancaria, acordó que todas las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares quedarían obligadas a someter a la previa aprobación de la Comisión cualquier clase de propaganda relacionada con sus operaciones y deberían hacer mención en la misma del oficio en que hubiera sido autorizada, indicando su número y fecha.

La Ley Reglamentaria de 1984 dispuso en su artículo 74: "Las sociedades nacionales de crédito sujetarán sus programas de publicidad y la propaganda relacionada con sus operaciones y servicios a los lineamientos, objetivos y reglas de carácter general que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. La Comisión Nacional Bancaria podrá ordenar la suspensión de la propaganda cuando considere que no se sujeta a lo previsto en este artículo".

La Ley de Instituciones en vigor en cambio, establece: "La Comisión Nacional Bancaria podrá ordenar la suspensión de la publicidad que realicen instituciones de crédito, cuando a su juicio esta implique inexactitud, obscuridad o competencia desleal entre las mismas, o que por cualquier otra circunstancia pueda inducir a error respecto de sus operaciones y servicios" (art. 94) esta disposición justifica la inferencia de que la autorización previa de la Comisión fue suprimida.

Excusa y renuncia

Por lo que hace a nuestro derecho, la Ley sustantiva actual dispone que la institución fiduciaria "no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio" (art. 356) complementando el precepto anterior la Ley Bancaria de 1941, establecía que sólo se estimarían como causas graves para admitir la renuncia

de la institución fiduciaria al desempeño de su encargo, que el fideicomisario no pudiera o se negara a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo con el acto constitutivo, además de la negativa para pagar las compensaciones al fiduciario y la falta de rendimiento de productos suficientes de los bienes para cubrirlos (art. 137 inciso a, b y c).

Aún cuando la Ley Reglamentaria de 1984 no haya reproducido la disposición anterior y que la Ley de Instituciones de 1990 en vigor incurra en la misma omisión, ello no implica que las instituciones de crédito en sus funciones como fiduciarias hayan perdido el derecho a renunciar a su encargo.

Existen otras situaciones de tanta o mayor gravedad que las tres mencionadas que incluso pueden constituir motivo de excusa o de renuncia obligatorias para el fiduciario. En el primer supuesto por ejemplo actos delictivos cometidos por el fideicomitente o por el fideicomisario contra la institución, en el seguro supuesto. La designación simultánea o posterior del fiduciario con el carácter de beneficiario.

SUPERVISION ESTATAL

Comisión Nacional Bancaria y de Valores

En México, la inspección y vigilancia de las instituciones de crédito y el cumplimiento de las disposiciones de la Ley esta confiada a la Comisión Nacional Bancaria.

Conforme al artículo 99 de la Ley Reglamentaria de 1984: "La Comisión Nacional Bancaria es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público", que entre otras tiene las siguientes facultades y deberes:

- I. Realizar la inspección y vigilancia e imponer las sanciones que legalmente le competen;
- II. Fungir como órgano de consulta de la Secretaría de Hacienda;
- III. Realizar los estudios que ésta le encomienda respecto al régimen bancario y de crédito;

IV. Emitir las disposiciones necesarias para el ejercicio de sus facultades y para el eficaz cumplimiento de la Ley y sus reglamentos; así como coadyuvar con la política de regulación monetaria y crediticia que compete al Banco de México;

V. Presentar opinión a la Secretaría de Hacienda sobre la interpretación de la Ley Reglamentaria en caso de duda en cuanto a su aplicación.

La disposición anterior fué adoptada literalmente en la Ley de Instituciones vigente en su artículo 125.

La inspección de las instituciones se sujetará al reglamento que expida el Ejecutivo Federal y se efectuará mediante visitas que tendrán por objeto revisar, verificar, comprobar y evaluar los recursos, obligaciones y patrimonio, así como las operaciones, funcionamiento, sistemas de control y en general, todo lo que pueda afectar la posición financiera y legal y deba constar en los registros, a fin de que se ajusten a las disposiciones que las rigen y a las sanas prácticas de la materia, las visitas podrán ser especiales, ordinarias y de investigación, en los términos del artículo 133 de la Ley de Instituciones en vigor.

La vigilancia consistirá en cuidar que las instituciones cumplan con las disposiciones legales y atiendan las observaciones e indicaciones de la Comisión Nacional Bancaria. Las medidas adoptadas serán preventivas, para preservar la estabilidad y solvencia de las instituciones y normativas, para definir criterios y establecer reglas y procedimientos para su funcionamiento. (art. 134 de la Ley de Instituciones en vigor).

Sanciones

La Ley actual prescribe que la infracción de cualquiera de sus disposiciones que no tenga sanción especialmente señalada, se castigará con multa por cantidad equivalente de cien a cincuenta mil veces el salario mínimo general diario en el Distrito Federal, que la Secretaría de Hacienda impondrá administrativamente. (art. 109).

Para la imposición de las sanciones previstas en la Ley, dicha Secretaría deberá oír previamente al interesado tomando en cuenta la importancia de la infracción, las condiciones del infractor y la prevención de prácticas ilegales. (art. 110 párrafo primero, Ley de Instituciones de 1990).

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE Y DEL FIDEICOMISARIO

Derechos del fideicomitente

a) Designación de varios fideicomisarios

Nuestras leyes de 1926 reconocían este derecho del fideicomitente en forma implícita. La legislación especial prescribe que "el fideicomitente podrá designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso", pero prohíbe que la sustitución sea por muerte del anterior, "salvo el caso de que se realiza a favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente" (art. 348 párrafo segundo y 359 fracción II).

b) Designación de varios fiduciarios

Por cuanto a nuestro derecho, las leyes de 1926, carecían de precepto equivalente. La Ley sustantiva permite al fideicomitente "designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en las que hayan de substituirse" (art. 350 párrafo tercero).

He indicado ya anteriormente que la posibilidad de fiduciarios sucesivos, es más apropiada en relación con fiduciarios personas físicas, es innecesaria tratándose de fiduciarios institucionales, únicos autorizados en México, y hasta donde sabemos no se utiliza en la práctica.

c) Reserva de derechos

Refiriéndose a los bienes dados en fideicomiso, la Ley sustantiva dice que "se considerarán afectos al fin a que" se destinan y en consecuencia solo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente..." (art. 351 segundo párrafo).

Aún sin necesidad de que el fideicomitente se reservara derechos, la Ley bancaria era categórica, en cuanto a que "en toda clase de operaciones que impliquen adquisición o sustitución de bienes o

derechos o inversión de dinero o fondos líquidos, deberá la institución fiduciaria ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomitente..." (art. 45 fracción VI).

No sería posible enumerar por la amplitud de sus posibilidades los diversos derechos que el fideicomitente podría reservarse en independencia de aquellos que la Ley le concede expresamente.

d) Supervisión del fideicomiso

Aunque no previsto expresamente en la legislación especial no parece haber duda de que es un derecho susceptible de reserva por parte del fideicomitente al constituir al fideicomiso. Este derecho puede ejercitarse en forma directa por él o a través del comité técnico previsto por el artículo 61, último párrafo de la nueva Ley Reglamentaria.

e) Requerimiento de cuentas

En nuestra legislación la Ley Bancaria de 1932 fué la primera que previó la posibilidad de que el fideicomitente se reservara tal derecho (art. 95 fracción III). La Ley Bancaria de 1941 establecía que la acción para pedir cuentas podría reservársela el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo (art. 138 párrafo segundo).

La Ley Reglamentaria de 1984 reprodujo esta disposición en su artículo 65 párrafo segundo, de donde pasó a la Ley de Instituciones vigente (art. 84 párrafo segundo).

f) Remoción del fiduciario

Siguiendo a la Ley bancaria de 1932, la de 1941 dispuso que. "Cuando la institución fiduciaria al ser requerida no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso, o responsable de estas pérdidas o menoscabos por negligencia grave procederá su remoción" (art. 138 párrafo primero) El fideicomitente podría reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones, el derecho para ejercitar esta acción (art. 138 párrafo segundo), la Ley de 1990 en vigor adoptó esta disposición en su artículo 84 párrafo segundo.

g) Quiebra

La declaración de quiebra que se hiciera del fiduciario, por la limitación en el ejercicio de derechos que produce⁶², resultaría en su remoción del cargo y en su sustitución. Se plantea así el problema de determinar a quien corresponde el derecho de separación de los bienes fideicometidos.

h) Separación

La Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos dispone en su artículo 158: "las mercancías, títulos, valores o cualquier especie de bienes que existan en la masa de la quiebra y sean identificables, cuya propiedad no se hubiera transferido al quebrado por título legal definitivo e irrevocable, podrán ser separados por sus legítimos titulares mediante el ejercicio de la acción que corresponda ante el juez de la quiebra" (primer párrafo).

"En consecuencia, podrán separarse de la masa, los bienes que se encuentren en las situaciones siguientes o en otras que sean de naturaleza análoga: VI. los bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguientes conceptos: a) Depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo, fideicomiso"... (art. 159).

La razón de ser del derecho de separación, en el fondo obedece a: que la transferencia que hace el fideicomitente es para el sólo propósito de realizar un fin que la quiebra del fiduciario vuelve imposible. Estrictamente, se trata de una causa de extinción del fideicomiso que produce la reversión de bienes al patrimonio del fideicomitente, de ahí que a nuestro juicio sea este, en preferencia al fideicomisario, a quien debe corresponder el ejercicio de la acción separatoria, aunque desde luego teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en particular.

i) Transmisión de derechos

La legislación especial carece de disposiciones que en forma expresa establezcan que los derechos del fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso o que se reserve, se transmiten a sus herederos. No obstante, es incuestionable que si los derechos no son de aquellos que se extinguen por la muerte pasan a sus herederos, en los términos del artículo 1281 del Código Civil:

⁶²Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos: " Por la sentencia que declare la quiebra, el quebrado queda privado de derecho de la administración y disposición de sus bienes y de los que adquiriera, hasta finalizarse aquella " (art. 83)

"Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte".

Aparte de la transmisión hereditaria debe también plantearse el supuesto de la transmisión por acto del fideicomitente. A este respecto estimamos que es aplicable la norma del derecho común en el sentido de que: "el acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión este prohibida por la Ley se haya convenido en no hacerla o no la permita la naturaleza del derecho" (art. 2030 primer párrafo del Código Civil).

j) Novación

Aún cuando la legislación de la materia no aluda en forma específica a la novación, la posibilidad legal de reformar o modificar el acto constitutivo comprende sin duda la de novarlo, con sujeción a las limitaciones indicadas en el derecho común. Si como consecuencia de la novación de los derechos del fideicomisario resultaran afectados, su consentimiento sería indispensable por mayoría de razón, vista la situación referente al comité técnico.

k) Revocación

El derecho de revocación es el de alcance más radical que el fideicomitente puede reservarse.

La Ley sustantiva en vigor dispone que el fideicomiso se extingue: "Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado ese derecho al constituir el fideicomiso" (art. 357), sin imponer ninguna otra condición adicional.

l) Terminación por convenio

Pudiendo el fideicomiso constituirse para tan variados fines por acto entre vivos y reconocido entre nosotros el principio de la libre contratación, es natural que se deje a las partes la facultad de terminar el fideicomiso por acto de su voluntad.

La Ley substantiva en vigor reproduce esta causal de terminación, estableciendo que el fideicomiso se extingue "por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario" (art. 357 fracción VI).

m) Reversión de los bienes

Extinguido el fideicomiso, el fiduciario está obligado a restituir al fideicomitente, los bienes cuyo dominio no hubiere enajenado conforme al encargo, salvo los casos de destrucción de la cosa o de resolución del derecho del fideicomitente sobre la misma.

Es cierto que el título de dominio lo tiene el fiduciario, pues es indispensable para la eficaz ejecución del fideicomiso que el constituyente se aparte del dominio de los bienes fideicometidos, por lo tanto el título forzosamente ha de corresponder al fiduciario, pero su propiedad está sujeta a las cargas y gravámenes del fideicomiso y entre ellas está establecida por la Ley misma la de tener que restituir los bienes en caso de extinción.

La Ley substantiva en vigor siguiendo el mismo principio establece que "extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos" (art. 358).

OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE

a) Pago de honorarios y gastos al fiduciario.

La Ley Bancaria de 1932 estableció la obligación del fideicomitente de pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria, que subsidiariamente quedaba a cargo de sus causahabientes o del beneficiario, dicha obligación también se incluía entre las causas de renuncia del fiduciario al desempeño del fideicomiso. (art. 95 fracción II).

La Ley Bancaria de 1941 reproducía el mismo sistema, estableciendo que: solo se estimarían como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a su favor" (art. 137 inciso b).

Aun cuando la disposición anterior no haya sido reproducida en la Ley reglamentaria de 1984, ni en la Ley actual de 1990, el derecho del fiduciario a renunciar debe estimarse subsistente.

Por lo ya expuesto, el fideicomitente está obligado a reembolsar los gastos hechos por el fiduciario en la administración del fideicomiso.

b) Saneamiento para el caso de evicción

Por implicar la constitución del fideicomiso un acto traslativo de dominio, es incuestionable que el fideicomitente está obligado a responder del saneamiento para el caso de evicción, sobre todo en el llamado "fideicomiso de garantía"⁶³. Aquí también resulta de importancia la clasificación del fideicomiso según sea oneroso o gratuito, ya que en éste siguiendo la regla paralela a la donación, el fideicomitente solo sería responsable de la evicción de la cosa, si expresamente se hubiera obligado a prestarla.

DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

La Ley substantiva no determina que clase de derechos pueda tener el fideicomisario y deja la solución de este punto a la decisión del fideicomitente: "el fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo..." (art. 355 primera parte) "como antes se indicó dicha Ley establece que pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos. ..." (art. 351 primera parte). Siendo como es imposible enumerar en forma exhaustiva los bienes y derechos susceptibles de darse en fideicomiso la solución práctica es determinar los diversos derechos que en general, pueden tenerse sobre los bienes, dentro de los cuales quedan comprendidos los derechos.

Es claro que la propiedad no puede corresponder al fideicomisario, puesto que entonces no sería tal sino dueño. Los únicos derechos que pueden corresponderle son los de disfrutar de los bienes ajenos en sus varias manifestaciones que no son sino el usufructo, el uso y la habitación, en relación con los bienes del fideicomiso, los derechos que le correspondan frente al fiduciario son materia del apartado siguiente:

⁶³Código Civil, art. 2351

a) Cumplimiento del fideicomiso.

Establece la Ley sustantiva que "el fideicomiso tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria..." (art. 355).

Esta disposición no tiene antecedentes concretos, pero armoniza dentro del concepto general de las obligaciones y del carácter contractual del fideicomiso creado por acto entre vivos, a pesar de que el fideicomisario pueda o no haber sido parte original.

b) Protección de los bienes.

La legislación especial omite, conceder este derecho al fideicomisario a pesar de que estaba previsto en leyes anteriores. Sin embargo estimamos que su ejercicio le corresponde como un aspecto del derecho más general de exigir el cumplimiento del fideicomiso. La protección que la Ley Bancaria le otorga o sea, la remoción del fiduciario, cuando es culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes representa un recurso, poco práctico que llega demasiado tarde y que no tiene efectos preventivos, puesto que solo procede una vez que la institución fiduciaria sea declarada culpable por sentencia ejecutoria. (art. 138 primer párrafo de la Ley anterior).

c) Anulación de actos del fiduciario.

La Ley sustantiva dispone que el fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso el de atacar la validez de los actos que esta, cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la Ley le correspondan (art. 355).

Este derecho no existía en leyes anteriores, por lo que estimamos que, la concesión de este derecho introduce una acción de nulidad especial, diversa de algunas soluciones que consagra el derecho común.⁶⁴

⁶⁴La adoptada en el caso del mandato, por ejemplo, es la siguiente: " En las operaciones hechas por el mandatario, con violación o con exceso del encargo recibido, además de la indemnización a favor del mandante de daños y perjuicios, quedará a opción de este, ratificarlas o dejarlas a cargo del mandatario " (art. 2565)

d) Reivindicación de los bienes.

Prescribe la Ley sustantiva que el "fideicomiso tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos (los que cometa la institución en su perjuicio, de mala fe o en exceso de sus facultades) hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso" (art. 355).

Este derecho, que ha suscitado opiniones contrarias en la doctrina por cuanto a su naturaleza, mas no así en cuanto a sus efectos. Al a luz de nuestro sistema jurídico ese derecho de reivindicación es excesivo cuando se concede a quien no es propietario sino solo acreedor, y el recto alcance de su ejercicio es nada mas para el efecto de restituir la cosa al patrimonio del fideicomiso.

e) Requerimiento de cuentas, exigencia de responsabilidad y remoción del fiduciario.

La Ley Bancaria incorporaba en su texto estos tres derechos en los términos siguientes: Cuando la institución bancaria, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso, o responsable de estas pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción. Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones fiduciarias y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de estos al Ministerio Público..." (art. 138 párrafo II) mismo que fué reproducido por la Ley reglamentaria en su artículo 65 y que paso casi literalmente a la Ley de 1990 vigente en su artículo 84 párrafos primero y segundo.

f) Transmisión de derechos.

No habiendo disposición expresa en la legislación especial, estimamos que es tambien aplicable a este punto la permisibilidad de la cesión de derechos a menos que la cesión este prohibida por la Ley, se haya convenido en no hacerla o no la permita la naturaleza del derecho (art 2030 primer párrafo del Código Civil). En la práctica se han constituido fideicomisos en que el fideicomitente tiene también el carácter de primer fideicomisario y entre cuyas finalidades está, la de designar fideicomisarios.

La transmisión hereditaria, aparte de las disposiciones que pudiera haber en el fideicomiso correspondiente, quedará condicionada a que los derechos no sean de los que se extinguen por la muerte.

Los certificados de derechos de fideicomisario, en ocasiones influyen también la facultad de designar fideicomisario sustituto para el caso de muerte del fideicomisario. Es claro que esta designación es de naturaleza testamentaria que, ejercida en documentos de esta especie, adolece de nulidad absoluta.

g) Terminación del fideicomiso.

Por cuanto a nuestro derecho, falta una disposición al respecto, pero nos parece indudable que el beneficiario carece de facultad de terminar el fideicomiso, si con ello contraviene sus cláusulas o el fin que este persigue.

b) Renuncia.

Nuestra legislación tampoco preve el caso, pero la misma conclusión se impone por tratarse de un principio que no necesita de reconocimiento legal expreso. El Código Civil establece que la donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador (art. 2340).

Varios fideicomisarios

La Ley sustantiva vigente dispone que "cuando sean dos o mas fideicomisarios, y deba consultarse su voluntad en cuanto no este previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del domicilio del fiduciario" (art. 348 tercer párrafo).

Duración del derecho del fideicomisario

No hay ninguna disposición de la Ley sustantiva que en forma directa y categórica fije la duración de los derechos del fideicomisario persona física, a diferencia de lo que ocurre cuando es persona moral, el artículo 359 fracción III de la Ley sustantiva fija el límite de 30 años para los fideicomisos en que el beneficiario es una persona jurídica no de orden público o institución de beneficencia, ese límite tampoco se aplica a los fideicomisos cuyo fin sea el de mantenimiento de museos científicos o artísticos sin fines de lucro. Además, los derechos que para el deriven de el fideicomiso pueden ser de muy variada naturaleza y duración, estar sujetos a una condición sea suspensiva o resolutoria, o a otras modalidades, todo lo cual, no permite generalizaciones

absolutas con respecto a la duración de su derecho. La única afirmación que puede hacerse con base en el artículo 359 fracción II de la Ley, es en el sentido de que la duración del derecho del fideicomisario no puede exceder la de su propia vida. En efecto dicha fracción, interpretada a contrario sensu, permite la constitución de fideicomisos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, si están vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente. El límite representado por la muerte se aplica no solo al primer fideicomisario y a los fideicomisarios intermedios, sino también al último. La muerte de este es la que señala la terminación del fideicomiso.

Así pues, el derecho del fideicomisario es un derecho vitalicio, que no deja residuo o remante alguno que pueda transmitirse a los herederos u otras personas a la muerte de su titular. El único derecho real que no está sujeto a estas limitaciones es el derecho de propiedad, que no se extingue por la muerte y que pasa a los herederos por herencia, testamentaria o legítima.

OBLIGACIONES

Pago de honorarios y gastos

La única obligación que se impone al fideicomisario, en forma subsidiaria, puesto que corresponde en primer término al fideicomitente o a sus causahabientes consiste en pagar a la institución fiduciaria las compensaciones estipuladas a su favor:

Solo se estimarán como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso: Que... el fideicomisario, en su caso se niegue a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria (art. 137 inciso b, Ley Bancaria anterior). En forma también subsidiaria el fideicomisario debe reembolsar los gastos que el fiduciario hubiere hecho en la administración del fideicomiso".

COMITE TECNICO

No encontramos antecedentes en nuestro país del comité técnico. Parece ser que el legislador se inspiró en la doctrina norteamericana de las *Trust Companies* que, para efectos de responsabilidad utilizan la formación de comités o cuerpos colegiados, formados generalmente por personas conocedoras en ciertas áreas y que los auxilian para tomar las decisiones acerca de las

conveniencias de invertir en tal o cual sector o en determinados valores; en fin, personas expertas que ayudan al fiduciario a tomar, en forma prudente, una decisión.

Por su parte, Batiza⁶⁵ afirma que:

“Aunque, estrictamente, no es parte en la relación fiduciaria sino mas bien un órgano del fideicomiso, el comité técnico o de distribución de fondos, previsto en el artículo 45 fracción IV, último párrafo de la Ley bancaria, viene en realidad (sobre todo en fideicomisos oficiales), a desempeñar la función del fideicomitente, y actúa, en esa forma, como fideicomitente delegado. Si el fideicomitente no se reserva ciertos derechos (renovación, supervisión, aprobación de inversiones, por ejemplo), su función cesa prácticamente al constituir el fideicomiso”.

En realidad en Estados Unidos, los *trust comities* no funcionan para cada fideicomiso específicamente, sino que son cuerpos asesores que contratan las empresas para que las auxilien en la toma de decisiones, sobre todo tratándose de cuestiones de inversión y además sus miembros son seleccionados por las propias empresas entre personas de muy alta calidad profesional, moral y administrativa. Esta es una diferencia interesante respecto del sistema mexicano, ya que los *trust comities*, no representan los intereses ni del *settlor*, ni de la *trust company*, ni del *trustee*.

Todo lo anterior, confirma lo ya expresado en el sentido de que el origen del comité técnico en nuestra Ley es desconocido. Su estructuración, en la práctica, como órgano del fideicomiso, según parece en diversos contratos por su organización, facultades y funcionamiento, lo hacen asemejarse a los consejos de vigilancia y de administración de las sociedades anónimas⁶⁶.

Se estima que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, de 31 de mayo de 1941, fue la que incorporó por primera vez, en el texto del artículo 45 fracción IV, último párrafo lo relativo al comité técnico, redacción que no ha cambiado hasta la fecha y que textualmente dice:

“En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, que requieran el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico

⁶⁵Miguel Acosta Romero *El Comité Técnico en el Fideicomiso* México, 1982, Fomento Cultural de la Organización Somex. apud Rodolfo Batiza *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*, 1a. Edición, Porrúa, S.A. México. p. 34

⁶⁶Op. cit. p. 479 apud. Rodolfo Batiza *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*, 1a. Edición, Porrúa, S.A. México. p.44

o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité estará libre de toda responsabilidad....'⁶⁷

En los fideicomisos privados, esta es la única norma que regula su constitución y funcionamiento y si se interpreta el texto transcrito, veremos que el mismo, como primera característica establece que prever su formación es potestativo o discrecional, por parte del fideicomitente.

El Comité Técnico en los fideicomisos privados

Ahora bien , como en nuestra opinión el fideicomiso es un contrato y si bien el fideicomitente tiene la facultad de establecer el comité técnico, creemos que tendrá, necesariamente que contar con la voluntad y el consentimiento del fiduciario; el que deberá introducir en las normas creadoras del comité técnico, todos aquellos principios que estime pertinentes precisamente en función de que busca que su responsabilidad este siempre bien resguardada y de no dejar a las decisiones de este comité, muchos aspectos que son fundamentales.

Parece ser que la misión principal de este comité consiste en distribuir los fondos del fideicomiso.

Pero aunque parece que la Ley se orientó en el sentido de que el comité fuera exclusivamente de distribución de fondos, ya que inclusive el buscar la palabra comité técnico o de distribución de fondos, no está utilizando la copulativa "y" sino la disyuntiva "o" esto es que o es comité técnico, o de distribución de fondos, de donde pudiera pensarse, con interpretación restringida, que su finalidad principal es la de distribuir los fondos fiduciarios, por lo que cubre también otras funciones, sin dedicarse exclusivamente a la distribución de fondos.

Su integración, facultades y demás, en los fideicomisos privados, queda exclusivamente a la libre contratación de las partes en el acto constitutivo, por que tendría que recurrirse a un análisis selectivo para obtener algunos principios de uso bancario.

El uso bancario, en general, en nuestro país, se ha orientado en el sentido de no constituir fideicomisos con comités técnicos a diestra y a siniestra, es decir, no en cada fideicomiso existe un comité técnico, sino solo en aquellos cuyo manejo lo haga necesario y cuyo patrimonio

⁶⁷Idem p. 481 apud. Tomado de la página 19 de la Legislación Bancaria, publicada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1957. t. IV.

fiduciario sea de tal manera importante que el fideicomitente considere conveniente establecer este comité técnico; sin embargo volvemos a la cuestión de que para los fideicomisos privados es una práctica en nuestro país, su establecimiento.

Creemos que nuestro criterio se confirma, en el sentido de que solo aquellos fideicomisos muy importantes, o ciertos fideicomisos en que una persona hace un legado cultural al país, existen comités técnicos que se encargan de vigilar el cumplimiento del fin del fideicomiso y la distribución de los fondos del patrimonio fiduciario; fuera de estos casos, un gran porcentaje de los fideicomisos privados carece de comité técnico.

Es de comentarse que el comité técnico impone cargas administrativas y costos de operación a los fideicomisos, pues a menos de que la membresía de los representantes de fideicomitente, fideicomisario y fiduciario fuera meramente honoraria, los miembros del comité técnico devengan honorarios, mismos que se fijarían de acuerdo con el uso bancario ya sea por anualidades o por asistencia a cada sesión del comité técnico.

Además hay que contar con una estructura administrativa que levante las actas, las lleve en orden, lleve los libros de actas, cuide la notificación de las convocatorias, todo lo cual, como ya se dijo, implica gastos de operación que debe realizar la fiduciaria y que desde luego, deben ser a cargo del patrimonio fideicomitido o en su caso con fondos que deben proveer fideicomitente o fideicomisario respectivamente.

Los comités de los fideicomisos son órganos colegiados que se designan en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, si es que el fideicomitente se reservó esas facultades y cuyo objeto a primera vista, sería el coadyuvar con el fiduciario en el desempeño del fideicomiso y determinar la distribución de los fondos conforme a las reglas y facultades que en el acto constitutivo del fideicomiso se señalaron para el comité.

Generalmente, en el comité técnico existe un representante propietario y un suplente del fideicomitente igual representación por el fiduciario e idéntica, por el fideicomisario.

Las reglas para su funcionamiento, sesiones, fechas, convocatorias y demás deben preverse en el acto constitutivo las que además deberán contener principios acerca de su duración su permanencia las facultades de sus integrantes, cuestiones de voto de calidad etc.

El Comité Técnico en los fideicomisos públicos o gubernamentales

La práctica del Gobierno Federal en los fideicomisos que ha constituido a través del tiempo es la de establecer, casi invariablemente, comités técnicos en cada uno de ellos.

No obstante esta costumbre administrativa, las normas relativas al comité técnico en los fideicomisos federales, durante mucho tiempo fueron consuetudinarias y estimamos que es a partir de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (Diario Oficial de 31 de diciembre de 1976) en que se hace referencia, aún cuando en forma muy general, a este órgano⁶⁸.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, no dice a quien corresponde la designación del Comité Técnico⁶⁹, pero esta se hace generalmente, o bien en el acuerdo presidencial respectivo o en los contratos que celebra la Secretaría de Hacienda y Crédito Público u otras dependencias, con la institución fiduciaria, en donde se establecen las reglas que rigen el comité técnico, sus facultades y las facultades que se otorgan al director general del fideicomiso, o bien al delegado fiduciario especial.

En la realidad el comité técnico del fideicomiso viene funcionando como un verdadero consejo de administración que toma decisiones, acuerdos, sesiona regularmente y es un órgano colegiado de administración permanente.

Concepto de Comité Técnico

Es un cuerpo colegiado designado en el acto constitutivo de un fideicomiso o posteriormente por el fideicomitente y fiduciario, y en el cual existen representantes del fideicomitente, del fiduciario y en su caso, del fideicomisario (o de otros sectores interesados). Sus facultades se fijan en el

⁶⁸Idem. p. 487 apud Miguel Acosta Romero, Teoría General de Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, México, 1979 p. 240

⁶⁹El Segundo párrafo del artículo 49 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, señala que el fideicomitente para la integración de los Comités Técnicos de los Fideicomisos, deberá recabar la autorización previa de la dependencia encargada de la coordinación de sector correspondiente, y que en todos los casos habrá, cuando menos un representante suyo en dichos Comités Técnicos.

propio acto constitutivo. En la práctica es un órgano auxiliar de administración del fideicomiso y duración puede ser temporal o por toda la vigencia del fideicomiso.

Respecto de si la constitución del comité técnico es obligatoria creemos que, es exclusivamente potestativa y también habría que analizar si las facultades de establecerlo son totalmente discrecionales del fiduciario.

Como ya dijimos, en los fideicomisos privados el comité técnico solo existe en casos muy especiales, por la cuantía o por la naturaleza del objeto o fin del fideicomiso.

En la doctrina, se han expresado opiniones de que, en cierto sentido el comité técnico actúa en realidad como un consejo de administración de una sociedad anónima⁷⁰.

A continuación haremos una enumeración de algunas de las características esenciales del comité técnico:

- a) El comité técnico es un órgano discrecional y es optativo aún en los fideicomisos públicos.
- b) Es un órgano colegiado y las disposiciones legales no señalan el número de sus integrantes, ni mínimo ni máximo.
- c) Sus miembros son designados respectivamente por el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario y representan respectivamente los intereses de éstos, que no siempre son comunes, aún cuando en el fondo, la finalidad sea de dar las mejores normas de conducción y de administración del fideicomiso.
- d) En los del Gobierno Federal invariablemente, habrá un representante de la dependencia coordinadora del sector en el que éste agrupado el fideicomiso, uno de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y uno del fiduciario.

⁷⁰Miguel Acosta Romero, Teoría General de Derecho Administrativo, p. 240; y Guillermo Jiménez Padilla, El Comité Técnico del Fideicomiso, su Naturaleza Jurídica, tesis, Facultad de Derecho, UNAM, 1975, pp. 62 y ss.

e) Sus facultades no están designadas en la Ley sino dentro del acto constitutivo.

f) El uso bancario y la práctica administrativa mexicana se han orientado en el sentido de que el comité técnico de los fideicomisos no solo es un órgano asesor en la distribución de fondos, sino que toma decisiones que, a nuestro modo de ver, constituyen actos de administración y aún en algunos casos de dominio y de disposición de bienes.

g) La votación en el comité técnico también se hace por mayoría teniendo el presidente voto de calidad, sobre todo en el fideicomiso público. En estos, el representante del fiduciario tiene voz, pero no tiene voto.

El comité técnico no tiene ninguna jerarquía dentro de la institución fiduciaria, ni esta le está subordinada y en consecuencia en ciertos casos el fiduciario puede negarse a cumplir las decisiones del comité técnico si estas implican incumplimiento de leyes exceso del uso de las facultades del propio comité o violación del pacto fiduciario, situación que incluso esta reconocida en el decreto publicado en el Diario Oficial de 27 de febrero de 1979 (art. 9º segundo párrafo) que ordena a los fiduciarios que, en esos supuestos se abstengan de acatar las resoluciones del comité técnico.

Responsabilidad del Comité Técnico

No existen normas expresas que señalen responsabilidad al comité técnico por los acuerdos que tome o las decisiones que adopte; en este caso estimamos que existe una laguna legal que además se agrava por el hecho de que no hay precedentes jurisprudenciales.

Responsabilidad del fiduciario

El artículo 45 fracción XII de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, prescribe que el fiduciario responderá civilmente con su capital, reservas y beneficios no distribuidos por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento de las condiciones y términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión o en la Ley por la malversación de los

bienes dados en fideicomiso o de sus frutos y productos o por los demás hechos que impliquen culpa en el cumplimiento de los cometidos aceptados por ella; sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda a los gerentes y demás funcionarios de la institución que ejecuten los actos o incurran en el abandono culpable de donde nazca la responsabilidad y la de los gerentes, directores o miembros del consejo de administración, que autoricen los cambios o den lugar a ellos, por su negligencia grave.

Asimismo, en artículo 45, ahora en su fracción IV indica que el fiduciario responderá directa e ilimitadamente de los actos del funcionario o funcionarios por medio de los cuales desempeñen sus cometidos y ejerzan sus facultades mediante sus delegados fiduciarios.

Ahora bien, creemos que el fiduciario queda ligado a la sanción que en su caso, corresponda por exlimitarse facultativamente, por medio de sus funcionarios de cuyos actos responde solidariamente; en virtud de lo cual, no debe existir absoluta liberación de la obligación adquirida por sus delegados.

La responsabilidad del fiduciario, cuando excede de sus atribuciones, puede ser analizada:

1. Cuando haya Comité Técnico
2. Cuando no lo haya

En lo referente al inciso 1, el tercer párrafo de la fracción IV del artículo 45, textualmente dice: "En el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, que requiera el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité estará libre de toda responsabilidad".

Tal parece que este artículo libera de toda responsabilidad al fiduciario en el caso de que actúe de acuerdo con las decisiones del comité técnico. A esta conclusión pudiera llevarnos una interpretación literal de la línea antes subrayada. Pues al no haber distinción alguna la Ley pudiera entenderse que la fiduciaria si actúa en esos términos no tendrá responsabilidad ni frente al fideicomitente y fideicomisario, ni frente a terceros y se surtirá la regla de que no debe hacerse distinción tampoco en su interpretación, conclusión que pudiera resultar discutible por cuanto a que las actividades de los fiduciarios están regidas sobre principios de buena fe, tanto es así que Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, les exige a los funcionarios actuar como "un

buen padre de familia" y no actuaría en esa forma si no hiciera valer su voz dentro de este comité para evitar entre otras cosas que dicho organismo tomará decisiones contrarias a los intereses del fideicomiso. Sin embargo es bien sabido que con frecuencia se establecen en los contratos que constituyen fideicomisos, comités técnicos en los que los fideicomitentes y los fideicomisarios tiene mayoría de votos frente a uno del fiduciario, lo cual anularía la voluntad de este y la única forma que tendría para evitar perjuicios sería negarse a aceptar las decisiones del comité técnico, pero también en ese supuesto podría exponerse a que se le exigieran responsabilidades.

Creemos que no cabe otra interpretación del párrafo transcrito de que el fiduciario estará libre de toda responsabilidad, si actúa de acuerdo con las disposiciones del comité técnico pero cuando dichas decisiones estén ajustadas a derecho y a los términos del pacto constitutivo del fideicomiso, pues de otra manera pensamos que frente a terceros, resulta discutible alegar que no existe responsabilidad del fiduciario.

IV EL CONTRATO DE SEGURO

Concepto

La noción que suministra la Ley sobre el Contrato de Seguro, coincide en términos generales con la de otras legislaciones:

"Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora, se obliga mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato". (art. 1º)

Y con efecto de comparar el contenido de la anterior definición, a continuación me permito transcribir algunas otras, respecto del mismo concepto.

Código Civil Italiano (art. 1882): "El seguro es un contrato por el cual el asegurador, contra el pago de una prima se obliga a resarcir al asegurado, dentro de los límites convenidos del daño a el causado por un siniestro, o bien a pagar un capital o una renta al verificarse una eventualidad que afecte a la vida humana".

Ley del Contrato de Seguro Española (art. 1º): "El contrato de seguro es aquel por el que, el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas".

Ley Argentina 17418, reguladora del contrato de seguro lo define así: "Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o a cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto".

El contrato de seguro, en razón por lo dispuesto por el Código de Comercio en el artículo 75 fracción XVI, únicamente puede ser mercantil, ya que no puede realizarse por nadie que no sea en función de empresa.

Se ha venido aceptando como concepto del contrato de seguro: La relación jurídica en virtud de la cual la empresa aseguradora contra el pago de una prima se obliga a relevar al asegurado en los términos convenidos de las consecuencias de un evento dañoso e incierto, la prestación de la aseguradora consiste en resarcir el daño o pagar una suma de dinero.

De este concepto se desprenden dos caracteres fundamentales del seguro como contrato, el primero es que se trata de un contrato oneroso, ya que una parte, se compromete a pagar una cantidad que se llama prima y otra a su vez se compromete también a pagar una cantidad o entregar un bien, si se produce el evento dañoso para el asegurado.

El segundo implica que se trata de un contrato aleatorio, no obstante que desde el momento en que el contrato se celebra se conocen las prestaciones, puesto que lo aleatorio está en que de el evento, depende que una parte, el asegurador, cumpla la suya y sobre todo se determine el monto de la misma prestación, además, la otra parte, al producirse el siniestro deja de cubrir la prima, es decir deja de cumplir su prestación.

La posibilidad de que ocurra un hecho dañoso o surja una necesidad patrimonial es incierta y por ello la incertidumbre hace al contrato aleatorio.

EL SEGURO

El seguro es una institución compleja en sus fundamentos, en su contenido y en sus fines, por ello varias concepciones, han ideado los expositores para explicar la naturaleza del seguro, dignas todas ellas de ser examinadas, entre las más difundidas se encuentran las siguientes:

I. Teoría de la indemnización

Se atribuye su paternidad al expositor alemán Wagner, quien define al seguro en los siguientes términos: "el seguro es una institución económica que tiene por objeto reparar o atenuar las consecuencias de un acontecimiento eventual o imprevisto".

Los términos "reparar o atenuar" son los que le dan el nombre a la doctrina de la indemnización. Por que la reparación supone la existencia previa de un perjuicio, de un daño patrimonial que es lo que, en concepto de Wagner, ha de indemnizar el seguro.

Sin embargo, la teoría de la indemnización, peca por estrecha en la esfera de su aplicación, porque parte de un supuesto equivocado: el de que todos los seguros tienen carácter indemnizatorio. Lo que no corresponde a la realidad.

Es necesario recordar en este apartado la clasificación de los riesgos según los intereses sobre los que recae su amenaza. Los riesgos reales suponen siempre la existencia de un perjuicio e igual cosa ocurre con los patrimoniales. Luego los seguros contra tales riesgos han de ser meramente indemnizatorios. No así los riesgos personales que en muchísimos casos, dan o pueden dar origen a una necesidad de dinero, pero no a un daño en el estricto sentido del término.

La muerte de una persona, puede significar o no, según sus condiciones orgánicas o económicas, un perjuicio para su esposa o sus hijos. Si éstos viven a expensas del trabajo de su esposo y padre, indudablemente sufren un perjuicio económico con su fallecimiento. Si antes que un apoyo el padre es una carga para la familia, su muerte en ningún caso significa un perjuicio pecuniario, por que mas bien puede ser una liberación.

Los seguros de personas, sean cuales fueren sus modalidades, no son necesariamente indemnizatorios, si bien algunos de ellos (los seguros de gastos médicos) revisten ese carácter. La estimación en dinero de la vida humana no deja de ser siempre arbitraria, caprichosa, y si ello es así, se concluye fácilmente que no habría elementos que permitieran fijar la cuantía de la indemnización.

Esto explica porque los seguros de vida suelen incluir, además del factor previsión, que es consubstancial a ellos, elementos de ahorro e inversión. Como la muerte es un suceso cierto la suma asegurada forzosamente se hará exigible, a menos que aquella deba registrarse dentro de un lapso determinado (seguros temporales) para que se configure la obligación del asegurador.

Puede afirmarse que, por estas razones, los seguros de vida se solicitan y otorgan por un valor meramente convencional.

Las consideraciones que anteceden quiebran la lógica que pudiera asignarse a la definición de Wagner y demuestran que ella no es suficientemente comprensiva, por cuanto no logra acomodarse a determinados tipos de seguro.

Pero además descuida por completo al aspecto técnico de la institución, por lo que la hace inconfundible con otros sistemas que persiguen el mismo objetivo.

Así pues la definición de Wagner es, de un lado, demasiado estrecha, en cuanto pierde de vista algunos tipos de cobertura (los seguros personales), y de otro, demasiado amplia, en cuanto identifica el seguro con otros sistemas de previsión cuyas modalidades técnicas le son extrañas.

2. Teoría de la necesidad

Esta teoría se debe a la modalidad del publicista alemán Alfredo Manes, quien define al seguro así: "Aquel recurso por medio del cual un gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades tasables y fortuitas de dinero".⁷¹

Esta definición se enfoca al seguro por su aspecto económico técnico y da una visión perfecta de su fundamento, de su contenido y de sus fines, no sobra ni falta en ella ni un solo concepto. Todas las ideas que la enmarcan responden, individual o conjuntamente a lo que representa el seguro en el plano económico y técnico.

Dentro de esta concepción son varias las notas que caracterizan al seguro:

a) La necesidad

El criterio de la necesidad, en que el profesor Manes cifra el fundamento de su doctrina, amplía en forma increíble el campo de acción del seguro y lo pone más a tono con las exigencias de la vida moderna. Aleja esta institución de los estrechos linderos en los que había de moverse en otra época, para asignarle una función más dinámica y efectiva. Allí donde aparece la necesidad eventual, allí se hace presente la misión protectora del seguro. Ya no es menester que el hecho determinante de la necesidad revista caracteres de tragedia. Dadas ciertas condiciones a las que la misma definición alude, la necesidad entendida en su sentido natural, es suficiente como base del seguro. Este elemento no implica necesariamente la existencia de un perjuicio en sentido jurídico o económico, sino tan solo la necesidad de un desembolso, el nacimiento de un hijo, por ejemplo, es un acontecimiento grato en la vida del hombre y da origen sin embargo, a una necesidad que cae como tal dentro de la órbita de acción del seguro. El matrimonio, el advenimiento de los hijos, la llegada a determinada edad, pueden ser, y son normalmente, hechos felices que originan otras tantas necesidades. A todas ellas provee el seguro dentro de su moderno concepto, cuya amplitud aparece patentizada en el siguiente concepto:

" La necesidad de dinero que el seguro tiende a cubrir puede ser de diversa índole. Puede constituir en una pérdida inmediata o en el malogro de una ganancia, en la incapacidad para el ahorro, en un desembolso hecho para evitar una pérdida inminente, en la necesidad ineludible de

⁷¹J. Efrén Ossa G. Teoría General del Seguro. La Institución. Ed. Themis. 1988, p.13. apud Alfredo Manes, *Teoría general del Seguro, tomo 1 pag. 2*

realizar un gasto etc., son todos casos en que se produce una necesidad de dinero o de objetos valorables pecuniariamente.”⁷²

Así lo explica porque es esta una definición suficientemente comprensiva, porque se acomoda a todas las variedades existentes de seguros. A los reales, a los patrimoniales y a los personales sean ellos individuales o sociales, indemnizatorios o compensatorios.

I. Su origen

La necesidad puede encontrar su causa en un hecho natural, en un acto del hombre o en un acontecimiento de la actividad económica.

La naturaleza es una de las fuentes mas significativas de la necesidad. Sus manifestaciones mas frecuentes son la muerte, el terremoto, la inundación, el rayo, la lluvia, etc. Cada una de ellas encierra un amenaza para la vida o la propiedad.

La actividad humana puede dar origen a accidentes varios que provocan la muerte o la inhabilitación de las personas, a motines, a atentados contra la propiedad (robo, hurto, estafa), en una palabra a hechos resultantes de la culpa o el dolo.

Y finalmente dentro de la evolución económica de las sociedades, pueden darse la quiebra, el desempleo.

II. Sus caracteres

Para que pueda ser objeto de la protección del seguro la necesidad debe ser:

1.1. **POSIBLE.** La necesidad actual y la pasada escapan al dominio del seguro. El seguro no funciona en relación con riesgos en estado de daño, porque estos exceden sus posibilidades técnicas, y los riesgos en estado de daño son aquellos que de la posibilidad han pasado al acto. Cabe entonces concluir que la necesidad ha de ser futura, aunque el suceso que la genera sea pretérito con tal que escape a conocimiento de la institución que otorga el seguro y de la persona que lo solicita.

⁷²Manes op. cit. p. 5

Tampoco actúa el seguro con respecto a necesidades imposibles, ya que éste representa dos líneas divisorias: la imposibilidad y la certeza, mas allá de las cuales pierde su existencia. Ahora bien: la posibilidad puede referirse bien a la necesidad misma o al evento que la determina, o a la época en que ella puede manifestarse. La muerte, por ejemplo, es un hecho absolutamente cierto. No lo es, sin embargo, el día que ha de ocurrir y por tal motivo ella es objeto de la protección del seguro.

1.2. TASABLE. No todas las necesidades son susceptibles de la protección del seguro. Vimos ya que estas han de ser posibles y como complemento de esta exigencia, futuras. Tampoco todas las necesidades futuras, por el solo hecho de serlo, caben dentro del dominio de aquella institución. Han de ser asimismo, mensurables en su número y la cuantía de las erogaciones a que den origen. Porque la estadística y, con ella, la Ley de los grandes números y el cálculo de probabilidades, son fundamentos técnicos de seguro, cuya creación fue posible gracias a los principios o constantes que regulan el acaecimiento de los hechos causales. Pero hay muchos eventos, que no obstante ser casuales escapan teórica o prácticamente a la aplicación de las Leyes estadísticas o mejor dicho a su racionalización. El extravío de pequeñas sumas de dinero, o de algunos objetos valiosos que el hombre lleva consigo, es un hecho casual, que por dificultades de orden práctico, no alcanzan a ser registrados por la estadística. Y en tal virtud tampoco encajan dentro de la órbita de acción del seguro. Se explica así el porque el requisito de la tasabilidad.

1.3. FORTUITA. Esta es otra de nociones que han sufrido una notable transformación con el avance de la técnica, antes sólo podía considerarse fortuito a aquel suceso cuyo origen y ocurrencia fuese por completo ajeno a la actividad humana. Puede afirmarse que se identificaba con el concepto de fuerza mayor. Estaba sustraído a los beneficios del seguro todo aquel suceso en que, de modo próximo o remoto, pudiera influir la voluntad del hombre como determinante mediata o inmediata. La exposición al riesgo, como el hecho de aventurarse en una travesía marítima, era considerada como condición excluyente de la protección del seguro; de no haberse producido la evolución de este concepto, no existirían hoy los seguros contra accidentes aéreos, marítimos o ferroviarios, por ser el uso de estos medios de transporte un hecho voluntario del hombre. Por suerte para la sociedad, hoy mas amenazada que ayer, la noción que nos ocupa (el carácter fortuito de la necesidad) esta enmarcada dentro de más amplios límites.

Es fortuito el acontecimiento que no depende exclusivamente de la voluntad y control del individuo. Pero este principio hay que entenderlo en función de las exigencias que la civilización trae consigo, so pena de incurrir en la estrechez del viejo concepto y circunscribir el ámbito del seguro.

Cabe advertir, en primer término, que la calidad de fortuito ha de entenderse con respecto a aquella persona interesada en transferir los efectos del riesgo o desplazar la satisfacción de sus necesidades eventuales, el homicidio intencional, por ejemplo, es un evento casual o fortuito para la víctima, mas no para el victimario.

Ya no puede afirmarse que la sola intencionalidad del hecho sea suficiente para arrebatarle su posible carácter de fortuito. Porque existen necesidades que en cierto modo significan el fruto de un acto voluntario y que sin embargo caen dentro de la esfera del seguro.

El matrimonio, por ejemplo, es un suceso técnicamente asegurable. Aunque no se concibe sin la voluntad del contrayente porque requiere dos voluntades concurrentes y, por tanto no depende exclusivamente de la voluntad del individuo, algo similar puede decirse del nacimiento de un hijo. En él interviene la voluntad del hombre, pero no como causa exclusiva. Y por tal motivo es asegurable a la luz de la técnica moderna y son asegurables los hechos típicamente casuales, en que para nada interviene la voluntad del hombre.

También los hechos culposos- sea cual fuere el grado de la culpa - pueden considerarse fortuitos y son técnicamente asegurables. No están conectados a la voluntad del agente como su causa exclusiva. Tienen algo de voluntarios (el acto mismo que les da origen: la imprudencia, la negligencia, etc.) y algo de casuales (el daño en sí mismo considerado) luego no dependen, en forma exclusiva, de la voluntad del individuo, a cuyo control escapan parcialmente.

Esto en lo que atañe al concepto técnico de lo fortuito, porque su aspecto jurídico encierra otros límites que no pueden pasar inadvertidos.

1.4. ECONÓMICA. Es decir, estimable en dinero, porque el hombre también puede estar amenazado por otro tipo de necesidades inciertas a que no puede atender el seguro. Las necesidades espirituales o morales escapan a la posibilidad de una apreciación pecuniaria y no son, por tanto, susceptibles de compensación económica.

Pero no es forzoso que las necesidades sean satisfechas en dinero, pueden serlo, asimismo, en especies o en servicios.

Así el seguro puede atender a la reparación de una propiedad averiada por el fuego, o a la reposición de una mercancía perdida a consecuencia de un naufragio.

Puede también consistir, en los seguros de gastos médicos o de accidentes y enfermedades, en la prestación de servicios médicos, clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos.

b) La mutualidad

En este otro elemento esencial del seguro dentro de la teoría del profesor Manes. Allí donde este factor no entra en juego podrá haber instituciones similares por su fundamento o por sus fines, pero no habrá seguro, ya que éste supone la cooperación recíproca de un conjunto más o menos numeroso de personas o entidades.

Se inspira el seguro en el mismo principio que sirve de sustento a las organizaciones cooperativas "Uno para todos y todos para uno".

Este carácter mutualista del seguro es el, que le imprime una de las consecuencias mas importantes de este dentro del orden económico: la reducción de costos. Atender a la satisfacción de una necesidad incierta a través de una organización de este tipo es, menos costoso que perseguir su solución con un criterio egoísta.

Pero es lógico igualmente, que en virtud de su mismo carácter mutual, el seguro supone una erogación que puede ser mayor o menor según el grado de incertidumbre de la necesidad. Es lo que se denomina la prima. Implica ella la sustitución de un gasto incierto y cuantioso por uno fijo y pequeño, que se traduce el costo del seguro.

El conjunto de todas las primas constituye el fondo común de los asegurados, el que se utiliza para proveer a las necesidades de cada uno de ellos a medida que se presenten.

Se parte del supuesto matemático de que, en determinado periodo solo es necesario compensar a una parte de los aportantes, porque de lo contrario se iría a tierra la estabilidad financiera de la institución.

Y este supuesto se basa en que si bien es verdad que el riesgo implica un elemento de incertidumbre para cada uno de los individuos aisladamente considerados, para la colectividad, no, porque entonces entra en juego la Ley de los grandes números y el cálculo de probabilidades y, con ellas la constante que regula el acaecimiento de los sucesos casuales.

Ese fondo común puede alimentarse a priori o a posteriori. El primer sistema supone la fijación anticipada de las primas con base en los cálculos que arroje la experiencia anterior de las entidades aseguradoras o en los datos de la estadística. El segundo indica la distribución entre los integrantes de determinado núcleo de asegurados, a prorrata de sus respectivos intereses, de la indemnización total cubierta dentro del periodo anterior y de los gastos de administración del negocio. En la práctica es más usual el primer método que el segundo, aunque éste naturalmente puede ser más equitativo. Conviene agregar que el uso de este segundo método es frecuente en las organizaciones de tipo mutualista y compatible con su naturaleza y mecanismo.

Cabe anotar, finalmente, que la mutualidad puede perseguirse por medio de distintos tipos de organización, sin que sea todavía oportuno indicar cual de todos es más aconsejable. La sociedad anónima en que aparece de un lado el empresario y del otro el conjunto de asegurados, puede decirse "el productor del seguro" y "el consumidor". La mutual en que los productores son a la vez consumidores, y viceversa, para mayor claridad, los asegurados no son extraños a la empresa por cuanto presentan identidad de intereses.

c) Pluralidad de existencias económicas

Para que el seguro sea técnicamente posible, se requiere, además, que un "gran número de existencias económicas" pueda acogerse a sus beneficios. La mutualidad por sí sola, no es suficiente. Así, no habrá seguro entre cuatro o cinco personas que se comprometan, por medio de un contrato privado a auxiliarse mutuamente en la satisfacción de sus necesidades eventuales. Habrá, cuando más, una apuesta más o menos ventajosa, más o menos equitativa según las circunstancias. Pero esa relación, así concebida, será por completo ajena a las modalidades del seguro.

Este requisito responde a una necesidad técnica o matemática. Porque la estadística no opera sino en relación de grandes números, y ella es básica para el adecuado funcionamiento del seguro.

Lo que es muy difícil es precisar el número de existencias económicas que es menester reunir para que la organización aseguradora se desenvuelva sin grandes contingencias. Es además, muy variable según el tipo de riesgos que se pretenda prevenir o eliminar. Pero en términos generales podría sentarse esta norma; "gran número de existencias económicas" es aquel que es suficiente para que el cálculo de las probabilidades arroje datos racionales.

¿Y que es una "existencia económica"? simplemente una persona llámese natural o jurídica, privada u oficial. El individuo, la entidad particular y aún el Estado, en sus diversas manifestaciones, pueden acogerse a las ventajas del seguro.

d) Analogía de los peligros.

Las amenazas contra las cuales ha de protegerse el conjunto de existencias económicas deben ser análogas, de lo contrario sería inoperante el seguro. Esto principalmente para que el cálculo de las pérdidas probables, y con él, el de las primas sean adecuados a las exigencias de cada tipo de amparo. Para que la estabilidad financiera del asegurador no este sujeta a desagradables sorpresas. Para que exista equidad en el aporte de las primas, es decir para que la prima que paga cada uno de los asegurados guarde proporción con la gravedad de los riesgos que desplaza.

Nada obsta a que el seguro atienda necesidades derivadas de peligros múltiples. Lo que importa es que ellos graviten igualmente sobre todos los asegurados, sea cual fuere su grado de intensidad.

Lo que no es posible es que dentro de un mismo núcleo de asegurados haya manifiesta diversidad de amenazas.

1. CONCEPTO⁷³

A) De contrato

En general todo contrato puede ser definido como un pacto o convenio entre dos o mas partes, por el que se obligan sobre una materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento se comprometen.

B) Contrato de Seguro

Desde un punto de vista legal, el contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante una prima, y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de

⁷³Itsemap, Mafre. Manual del Asegurador

cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

2. CARACTERES Y PRINCIPIOS BÁSICOS

El contrato de seguro se caracteriza por ser, fundamentalmente, consensual, bilateral, aleatorio, oneroso, de adhesión y por estar basado en la buena fe.

Es **CONSENSUAL** por cuanto se establece por el mero consentimiento de las partes.

Es **BILATERAL**, ya que en el, las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

Es **ALEATORIO**, pues mediante el mismo, las partes contratantes pactan, expresamente, la posibilidad de una ganancia o se garantizan contra la posibilidad de una pérdida, según el resultado de un acontecimiento de carácter fortuito.

Es **ONEROSO**, ya que cada una de las partes que contrata obtiene una prestación a cambio de otra que ha de realizar.

Es de **ADHESIÓN** ya que sus cláusulas las fija una de las partes, y otra las acepta.

Esta basado en la **BUENA FE**, principio básico y característico de todos los contratos que obliga a las partes a actuar entre sí, con la máxima honradez, sin torcer arbitrariamente el sentido recto de los términos recogidos en su acuerdo, y sin limitar o exagerar los efectos que naturalmente se derivarían del modo en que los contratantes hayan expresado su voluntad y contraído sus obligaciones.

La buena fe tiene una especialísima importancia en el contrato de seguro. En cuanto al asegurado, este principio le obliga a describir total y claramente la naturaleza del riesgo que pretende asegurar, a fin de que el asegurador tenga una completa información que le permita decidir sobre su denegación o aceptación, y en este último caso pueda aplicar la prima correcta, así mismo, el asegurado debe procurar que no ocurra el siniestro, o una vez producido intentar la disminución de sus consecuencias. En cuanto al asegurador la buena fe le exige facilitar al asegurado una información exacta de los términos en que se formaliza el contrato, ya que muy difícilmente puede aquel conocer o interpretar correctamente las condiciones de la póliza que se le presenten al momento de su aceptación y firma, así mismo, el asegurador debe redactar con

claridad, el clausulado de las pólizas, de forma que el asegurado pueda conocer por sus propios medios el alcance de las condiciones a que se compromete.

3. ELEMENTOS MATERIALES

Los principales elementos materiales del contrato de seguros son: el riesgo y la prima. No tienen tal carácter pero serán también considerados en este apartado: el siniestro y consecuentemente, la indemnización.

A) El Riesgo

Tiene dos acepciones: como objeto asegurado y como posible ocurrencia por azar de un acontecimiento o daño que produce una necesidad económica.

Ahora bien entre las distintas acepciones de riesgo desde una perspectiva contractual, son destacables los conceptos que se relacionan con el interés asegurable, el bien asegurado y el capital asegurado.

*** Interés Asegurable**

Es el requisito que debe concurrir en quien desee la cobertura de determinado riesgo, reflejado en su deseo sincero de que el siniestro no se produzca, ya que a consecuencia de él se originaría un perjuicio para su patrimonio.

Esa idea se entenderá más fácilmente si se tiene en cuenta que lo que se asegura, es decir el objeto del contrato, no es la cosa amenazada por un peligro fortuito sino el interés del asegurado en que el daño no se produzca.

El interés asegurable no es sólo, un requisito que imponen los aseguradores, sino una necesidad para velar por la naturaleza de la institución aseguradora, sin la cual sería imposible cumplir su función protectora en la sociedad, ya que la existencia de contratos de seguro sin interés asegurable produciría necesariamente un aumento excesivo de la siniestralidad.

Desde un punto de vista económico, ha de pensarse que un incremento excesivo o anormal de la siniestralidad motivaría una elevación de las primas y el verdadero asegurado habría de pagar un

precio superior al que realmente correspondería a su riesgo, perjudicándose así no sólo él, sino también la economía del país, que habría de soportar una carga económica superior a la debida.

*** Bien Asegurado**

De acuerdo con una de las acepciones anteriormente citadas, riesgo es también el objeto sobre el que recae la cobertura garantizada por el seguro.

Al producirse la evaluación del objeto asegurado mediante la fijación de su valor económico efectuada por el propio asegurado en la proposición de seguro, surge el elemento "capital asegurado".

*** Capital Asegurado**

Esto puede ser definido como el valor atribuido por el titular de un contrato de seguro a los bienes cubiertos por la póliza y cuyo importe es la cantidad máxima que el asegurador está obligado a pagar, en caso de siniestro.

B) La Prima

a) Concepto

Es la aportación económica que ha de satisfacer el contratante o asegurado a la entidad aseguradora en concepto de contraprestación por la cobertura de riesgo que ésta le ofrece.

Desde el punto de vista jurídico, es el elemento material del contrato de Seguro, por su naturaleza, constitución y finalidad lo hacen ser esencial y típico de dicho contrato.

Concepto equivalente a prima es el de cuota aunque normalmente esta segunda expresión se emplea para designar el pago periódico que ha de satisfacerse a consecuencia de un contrato de seguro suscrito con una mutualidad.

Por la configuración actual de la legislación mexicana en materia de seguros, las cuotas o primas que han de satisfacerse a las sociedades mutualistas y a las instituciones de seguros son, en la práctica análogas, al aplicar generalmente ambos tipos de entidades unas tarifas similares.

b) Elementos

Técnicamente la prima es el costo de la probabilidad media teórica de que haya siniestro de una determinada clase.

Por otra parte, el asegurador no se limita a cobrar al asegurado el precio teórico medio de esa probabilidad (prima pura o de riesgo), sino que ha de gravarla con una serie de recargos, tales como:

- * Gastos de administración (cobro de primas, tramitación de siniestros, sueldos del personal de la empresa, etc.)
- * Gastos de producción (comisión de agentes, etc.)
- * Gastos de redistribución de riesgos (coaseguro y reaseguro)
- * Recargo para desviaciones estadísticas y margen de utilidad

Todos estos recargos convierten la prima pura o prima de riesgo en **PRIMA COMERCIAL**.

Todavía la entidad aseguradora ha de satisfacer otra serie de gravámenes que repercuten sobre la prima comercial y que se denominan impuestos y accesorios, los cuales dan origen a la **PRIMA TOTAL** o Recibo, que el asegurado ha de satisfacer definitivamente a la aseguradora.

En resumen los elementos esenciales de la prima son los siguientes:

- * Precio teórico medio de la probabilidad de que ocurra un siniestro.
- * Recargo para gastos de administración, producción compensación y redistribución de riesgos mas la ganancia comercial.

Otros gastos accesorios o fiscales repercutibles en el asegurado.

c) Clases

En función de sus componentes

* **Prima pura o de riesgo.** Representa la unidad más simple y básica del concepto prima por cuanto significa el costo real del riesgo asumido por el asegurador, sin tener en cuenta sus gastos de gestión ni otros conceptos.

* **Prima comercial.** Se denomina también prima bruta o prima de tarifa, y es la que aplica el asegurador a un riesgo determinado y para una cobertura concreta. Esta formada como elemento base por la prima pura mas los recargos para gastos generales de gestión y administración, gastos comerciales o de adquisición, gastos de cobranza de las primas, gastos de liquidación de siniestros más en su caso, coeficiente de seguridad y ganancia comercial.

* **Prima total,** Esta se obtiene al incrementar la prima comercial con los gravámenes complementarios que procedan, tales como impuestos, recargo por aplazamiento de pago, etc.

El concepto de prima total coincide con el de recibo de prima

Según la anualidad en que se satisface.

* **Prima inicial o primera,** la que se ha de satisfacer una vez celebrado el contrato, corresponde al primer período de la vigencia de la póliza (generalmente, primer año) se diferencia esencialmente de la prima sucesiva, porque en algunos casos tiene un importe superior a la de ejercicios siguientes al incluirse en ella recargos por derechos de emisión o formalización de la póliza.

* **Prima sucesiva.** Recibe este nombre la que se satisfará durante toda la vigencia del seguro una vez vencida la primera anualidad o período inicial de cobertura de la póliza.

* **Prima anticipada.** Se utiliza principalmente en el seguro de vida. Es aquella que el asegurado satisface de una sola vez para varios ejercicios, quedando liberado de pagos posteriores, hasta que dicha prima haya quedado totalmente consumida. Normalmente esta prima va bonificada con un descuento, cuyo importe esta en función del tipo de interés con que opere la entidad aseguradora.

Según su grado de imputación al negocio de un ejercicio económico.

* **Prima devengada.** Se designa así a la porción de prima correspondiente al período estricto de seguro transcurrido durante el ejercicio en que se ha asumido la cobertura del riesgo.

C) El Siniestro

a) Concepto

Siniestro es la manifestación concreta del riesgo asegurado, que produce los daños garantizados en la póliza hasta determinada cuantía. Siniestro es el incendio que origina la destrucción total o parcial de un edificio asegurado, el accidente de circulación del que resultan lesiones personales o daños materiales; el naufragio en el que se pierde un buque o las mercancías transportadas; el granizo que destruye una plantación agrícola.

Siniestro es, pues, un acontecimiento, que por causar los daños concretos previstos en la póliza motiva la aparición del principio indemnizatorio, obligando a la entidad aseguradora a satisfacer total o parcialmente, al asegurado o sus beneficiarios, el capital garantizado en el contrato.

En el ámbito del seguro marítimo, al siniestro se le denomina avería.

b) Su valoración

Una vez ocurrido el siniestro este debe ser evaluado mediante un conjunto de actuaciones, realizadas por la entidad de seguros, encaminadas a determinar el valor económico de las pérdidas sufridas por el asegurado.

c) Clases

*** Según el grado de intensidad del daño producido**

+ Siniestro total

Se da este nombre a aquél cuyas consecuencias han afectado a la totalidad del objeto asegurado, destruyéndolo completa o casi completamente.

+ Siniestro parcial

Es aquel cuyas consecuencias solo afectan a parte del objeto asegurado, sin destruirlo completamente.

*** Según su estado de tramitación**

+ Siniestro declarado

Aquel que ha sido comunicado por el asegurado a su entidad aseguradora

+ Siniestro pendiente

Es aquel cuyas consecuencias económicas aún no han sido totalmente indemnizadas por la entidad aseguradora.

+ Siniestro liquidado o pagado

Aquel cuyas consecuencias económicas han sido completamente indemnizadas o reparadas por la entidad aseguradora.

*** Según la realidad estadística del riesgo del que proceden**

+ Siniestro ordinario

Es el que tiene su origen en la ocurrencia de un riesgo ordinario o "normal".

+ Siniestro extraordinario o catastrófico

Es el que está originado por un riesgo de naturaleza extraordinaria o excepcional.

D) La Indemnización

a) Concepto y finalidad

Es el importe que está obligado a pagar contractualmente el asegurador en caso de producirse un siniestro. Esta es la obligación que contrae la aseguradora contra la obligación de pago de prima que tiene el contratante o el asegurado.

El fin de la indemnización económica es conseguir una reposición económica en el patrimonio del asegurado afectado por un siniestro, bien, a través de una sustitución de los objetos dañados o

mediante la entrega de una cantidad de dinero equivalente a los bienes afectados. Sin embargo en cualquiera de ambos casos, es preciso que el valor de reposición no exceda del precio del objeto dañado inmediatamente antes de producirse el siniestro, pues de otra forma se produciría un enriquecimiento indebido para el asegurado, que incluso llegaría a tener un interés en que el siniestro se produjese para obtener con ello un beneficio.

Se comprende entonces, porque las indemnizaciones que las instituciones de seguros hayan de satisfacer a sus asegurados tienen una doble limitación; por un lado el hecho de que la indemnización no puede ser superior al capital asegurado en la póliza para el riesgo afectado por el siniestro; y de otro que no puede exceder del valor del objeto dañado, inmediatamente antes de que se produzca el accidente.

b) Su cuantificación

Si el capital asegurado en la póliza lo es por el importe correcto, cuando se produce el siniestro no hay problemas prácticos en orden a la satisfacción de las indemnizaciones, ya que el siniestro ha tenido carácter total, la indemnización equivaldría al cien por ciento del capital asegurado, y si el siniestro ha sido parcial es decir, ha afectado a una parte determinada se establece la correspondiente proporción.

El problema realmente existe cuando ha existido una valoración excesiva o defectuosa del objeto asegurado y el capital que consta en la póliza es superior o inferior, respectivamente al que realmente tiene.

En el primer supuesto, valoración (excesiva o sobreseguro) en caso de siniestro total algunos asegurados pueden creerse en el derecho de poder reclamar el cien por ciento del capital asegurado, arguyendo que la institución de seguros ha estado percibiendo durante un lapso mas o menos amplio una prima proporcional a dicho capital y en consecuencia ha de satisfacer la indemnización prevista en la póliza. En este caso si ha habido algún error en la redacción de las condiciones particulares del contrato, este es normalmente imputable al propio asegurado que cuando inicialmente hizo las declaraciones correspondientes en la propuesta o solicitud, actuó de mala fe autoperjudicándose al asignar a los bienes asegurados un valor superior al que realmente tenían o podían tener, comprometiéndose en consecuencia a satisfacer una prima mayor o bien actuó con negligencia al no declarar el valor exacto, ante cuya manifestación realmente los aseguradores son impotentes para realizar investigaciones oportunas encaminadas a establecer el

precio exacto del valor asegurado en cada caso concreto, por las dificultades prácticas que estas comprobaciones individuales exigirían.

Por el contrario si lo que se produce es una valoración defectuosa del objeto asegurado (infraseguro), es lógico que la postura que mantenga la entidad de seguros consista en no abonar mas cantidad que la asegurada, en proporción a la cual ha recibido las primas, aunque realmente el precio del objeto dañado sea superior al capital asegurado.

c) Límites de la indemnización

La cifra máxima de responsabilidad para el asegurador viene previamente determinada por el capital establecido en la póliza, por encima de la cual no puede exigirse indemnización alguna.

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO⁷⁴

ELEMENTO SUBJETIVO

Los sujetos de la relación jurídica son el asegurador y el asegurado

ASEGURADOR

Este únicamente puede ser una institución autorizada por el Gobierno, en los términos que la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros lo señala. Lo que se confirma en el artículo 2º de la Ley sobre el Contrato de Seguro que señala a su vez, que las empresas de seguros sólo podrán organizarse y funcionar de conformidad con la Ley indicada.

Solamente una sociedad anónima puede ser institución de seguros, lo que implica una peculiaridad en el asegurador. Estas sociedades deberán constituirse con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles, dice el artículo 29 de la Ley General de Instituciones de Seguros. En este artículo se señalan las particularidades en cuanto al funcionamiento de las propias instituciones. Una muy importante es la prohibición para que puedan participar en forma alguna en el capital de estas sociedades, gobiernos o dependencias oficiales extranjeros, entidades

⁷⁴Oscar Vazquez del Mercado. Contratos Mercantiles. Quinta Edición. Editorial Porrúa. 1994. pp 85

financieras del exterior o agrupaciones de personas extranjeras, físicas o morales, sea cual fueren las formas que revistan directamente o a través de interpósitas personas.

ASEGURADO

El asegurado, es quien queda protegido por que se cubre el riesgo por lo que se celebra el contrato.

El contratante o tomador puede ser y generalmente es el titular de la prestación a que se obliga el asegurador, por ser el titular del interés asegurado.

Sin embargo, en el contrato de seguro, la persona que contrata con el asegurador, que es el tomador del seguro no necesariamente es el titular de los derechos que dimanen del contrato. El titular puede ser otro sujeto, en cuya esfera patrimonial viene a incidir el riesgo y que por lo tanto tiene necesidad de la cobertura del seguro, es el asegurado, que tiene derecho a la prestación del asegurador porque es el titular del interés asegurado.

No obstante, en el contrato de seguro pueden intervenir varios sujetos, es decir pueden presentarse variantes, de las cuales las mas comunes son:

- 1) Cuando la persona que contrata es diversa al asegurado, se está frente al seguro por cuenta de otro como el caso del comisionista o arrendador financiero;
- 2) La persona que contrata es al mismo tiempo el asegurado, quien puede designar un beneficiario. Puede haber también otra persona sobre la cual se contrata el seguro, es el caso del seguro sobre la persona de un tercero;
- 3) El contratante y el asegurado son una misma persona, diversa al beneficiario, es el seguro a favor del tercero.

Asegurado lo es cualquier persona física o jurídica. Sin embargo no toda persona puede contratar el seguro, toda vez que para celebrar el contrato el seguro se debe tener, además de la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio, ésta también llamada capacidad de obrar, determina que el sujeto pueda actuar u obrar personalmente para adquirir un derecho para ejercerlo.

La regla asentada, halla su excepción en el artículo 157 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro que establece que el seguro para el caso de muerte, sobre la persona de un menor de edad que no haya cumplido los doce años o sobre la de una sujeta a interdicción, es nulo.

DEL RIESGO

I. Dominio del riesgo

En la más genérica de sus acepciones, el riesgo tiene un dominio amplísimo, cuyas fronteras coinciden con las de la incertidumbre, así pues implica la contingencia de pérdida como la posibilidad de ganancia, o una y otra simultáneamente. De ahí dos grandes categorías que corresponden a la que pudiéramos llamar clasificación vertebral del riesgo: riesgo especulativo y riesgo puro.

A) Riesgo especulativo

El riesgo especulativo implica, a su vez, la posibilidad de pérdida y la de ganancia. Se advierte así su transcendencia en la vida económica. El juego, en sus distintas modalidades, nos da ejemplos a granel de riesgo especulativo: desde la apuesta en que se compromete una suma grande o pequeña (posibilidad de pérdida) con la posibilidad de obtener otra igual o mayor (posibilidad de ganancia), hasta la lotería en que a cambio de una pequeña suma cierta (el precio del billete) aspiramos al premio mayor o, en último término, a la más pequeña de las aproximaciones. La misma especulación bursátil nos ofrece ejemplos típicos de riesgo especulativo: la inversión en valores que bajan, para deshacerse de ellos cuando suben, y la venta de valores que suben, para rescatarlos cuando bajan, encierran posibilidades de pérdida y ganancia, constituyen riesgo especulativo. Toda nueva empresa industrial o comercial, así sea la mejor planeada, tras las halagüeñas perspectivas de ganancia, oculta gérmenes, más o menos peligrosos, de posible fracaso. Estas son algunas de las manifestaciones que existen del riesgo especulativo.

B) Riesgo puro

El riesgo puro puede definirse como la posibilidad de pérdida. Más exactamente, la irrupción eventual de una necesidad económica, que bien puede ser la de hacer frente a un abrupto detrimento de activo (la destrucción total o parcial) o la de absorber un imprevisto aumento del

pasivo (proveer por ejemplo al pago de los daños causados a un tercero) o la de suplir el déficit del ingreso familiar motivado por la muerte accidental o natural del esposo o padre.

Así pues, pueden darse otros conceptos, secundarios, pero no por ello exentos de importancia en el ejercicio de la actividad aseguradora, así:

1. Se da el nombre de riesgo a la cosa o a la persona sobre las cuales pende la amenaza que él esconde. Y se le califica en función de su permeabilidad al siniestro.

De acuerdo con estas ideas fundamentales puede denominarse riesgo a la propiedad asegurada contra incendio. Lo mismo que a la mercancía cubierta contra pérdida total o avería particular. y aún la persona titular de un seguro de vida o de accidentes y enfermedades. En este sentido puede hablarse de un buen o mal riesgo según las posibilidades que amenacen su integridad, según los peligros generales o específicos que la acechen.

2. El riesgo se identifica, asimismo, con el peligro que amenaza la vida o el patrimonio de las personas. El fuego, el robo, la muerte, el choque, el vuelco, etc. Por eso se habla corrientemente de la propiedad asegurada contra el riesgo de incendio, o de la persona protegida contra el accidente aéreo.

II. Delimitación del riesgo

De la definición de riesgo en su acepción abstracta, se derivan dos conclusiones fundamentales a saber:

A. No existe riesgo, en tanto no exista posibilidad de pérdida o desembolso.

B. Ni tampoco, cuando se tiene certeza acerca de su ocurrencia.

La imposibilidad y la certeza constituyen las fronteras del riesgo.

De lo imposible a lo cierto se da toda una gama de peligros o azares, cada uno de los cuales es más o menos intenso según su distancia de cada uno de aquellos extremos.

El terreno en que está edificada una propiedad no es susceptible de destrucción por efecto del fuego. Si ello es así, puede afirmarse categóricamente que no está sujeto al riesgo de incendio.

Lo que no significa que esté exento de otros azares, como el de inundación, si está ubicado, por ejemplo en la ribera de un río caudaloso.

La muerte, en cambio, con ser un hecho cierto, no por eso deja de revestir la calidad de riesgo. Es un evento de realización cierta pero incierta en cuanto al momento de su realización. Esta incertidumbre en el "cuando" es la que explica el seguro de vida en todas sus modalidades, no obstante la inevitabilidad, la certeza de la muerte. Es por tanto la muerte "prematura" la que esconde una amenaza, un riesgo más o menos azaroso según la edad, las condiciones físicas y orgánicas y la ocupación de cada persona. Y la que desencadena la viabilidad económico-jurídica del seguro respectivo.

Tampoco configura un riesgo, por ser un suceso previsible y cierto, el simple deterioro de las cosas como consecuencia de su uso ordinario.

III. Gradación del riesgo

Conviene subrayar este principio dada su importancia a la luz de la técnica aseguradora:

Mientras más se aproxima a la certeza la posibilidad de la pérdida o el daño (el riesgo), el riesgo es más azaroso, y lo es menos a medida que más se acerca a la imposibilidad. Esta es la norma fundamental que regula la gradación del riesgo. Porque de esta depende el valor relativo del riesgo (loss rate) o sea la probabilidad estadística de su concreción en daño. Y su valor absoluto (prima pura) en un período determinado que equivale al producto de la tasa por el importe económico de la exposición (suma asegurada).

Tampoco está de sobra hacer notar, de una vez, como elemento coadyuvante en la calificación y evaluación del riesgo, que una cosa es la irrupción probable del evento (incendio, robo, naufragio, accidente, etc.) y otra la magnitud probable del daño, que puede corresponder a una pérdida total o a una pérdida parcial más o menos cuantiosa. Esta suele ser siempre más probable que aquella. La pérdida parcial se aproxima más a la certeza; la total se halla más cerca de la imposibilidad. Dependiendo, claro está, lo uno y lo otro, de la naturaleza del riesgo y la permeabilidad al daño del objeto amenazado.

IV. Clasificación del riesgo

Enfocado por distintos ángulos, sin perder de vista su concepción prioritaria, el riesgo admite pluralidad de clasificaciones, a saber:

A. Por la naturaleza de los intereses que afectan, los riesgos pueden agruparse en tres clases a saber:

1. RIESGOS PERSONALES. Aquellos que amenazan la integridad física o corporal de la persona, o menoscaban su capacidad de trabajo o significan una erogación -que no un daño-simple. La muerte natural o accidental, la enfermedad, la invalidez, la desmembración, la inhabilitación, el matrimonio, el nacimiento de un hijo etc.

2. RIESGOS REALES. Los que afectan la integridad de las cosas corporales, sean muebles o inmuebles, o de los derechos radicados en ellas. El incendio, la avería, el terremoto, la inundación, el choque, el robo etc.

3. RIESGOS PATRIMONIALES. Los que, de modo positivo o negativo implican un detrimento económico y no propiamente físico. La responsabilidad civil, el lucro cesante, etc.

Estas dos clases presentan un denominador común: el daño. La diferencia radica en su incidencia inmediata. Porque en tanto que los reales originan pérdida o daño, física o jurídicamente apreciables en los bienes correctamente considerados, los patrimoniales golpean sobre el patrimonio económico de la persona.

El riesgo de responsabilidad civil es un ejemplo típico de riesgos patrimoniales. La persona es civilmente responsable de los perjuicios que ocasione por sus delitos o por sus culpas. Esa responsabilidad constituye un riesgo, en cuanto implica una posibilidad de pérdida o daño. El dueño de un automóvil está expuesto a lesionar los intereses ajenos. Remota o próxima existe la posibilidad para él de verse obligado a pagar una indemnización más o menos cuantiosa, con detrimento de su patrimonio personal.

B. En atención a la mutabilidad del peligro, los riesgos se clasifican así:

1. **RIESGOS CONSTANTES.** Si la amenaza se manifiesta con la misma intensidad a través del tiempo, no importa que ocasionalmente pueda ser mayor o menor: los riesgos de incendio, robo, terremoto, etc.

2. **RIESGOS PROGRESIVOS.** Si con el transcurso de los días, el peligro se hace cada vez más próximo: el riesgo de muerte, el de vejez, el de mortalidad de semovientes, etc.

3. **RIESGOS DECRECIENTES.** Si a medida que avanza el tiempo disminuye la intensidad de la amenaza: el riesgo de supervivencia.

Esta clasificación tiene interés en la tasación de probabilidades y por tanto en la fijación de las primas.⁷⁵

C. Esta clasificación toma en cuenta los factores que permiten la evaluación matemática del riesgo, específicamente concebido como objeto de un contrato de seguro y fué elaborada por Maurice Darteville⁷⁶.

1. **RIESGOS ELEMENTALES.** Cuya naturaleza es tal que todo siniestro entraña el pago del capital asegurado, como es el caso de un seguro temporal, por un año, sobre la vida de una persona. Dos elementos caracterizan al riesgo para el asegurador: la suma asegurada y la probabilidad de ocurrencia del deceso.

2. **RIESGOS COMPUESTOS.** Que se descomponen en una serie de riesgos elementales, la ocurrencia de cada uno de los cuales supone el pago de una determinada suma fija. Son los casos de muerte, desmembración total, desmembración parcial, incapacidad, etc., en los seguros de accidentes personales. Cada uno de estos riesgos ha de ser materia de evaluación aislada, como riesgo elemental y la suma de todos dará la evaluación total.

⁷⁵J. Efrén Ossa G. Teoría General del Seguro. La Institución . Ed. Themis. 1988, p.6 apud. Maurice Picard et André Besson, *Les assurances terrestres en droit français*. Paris, L.D.D.J. p. 41

⁷⁶Idem apud Maurice Darteville, *Nouveau traité pratique des assurances de toute nature*. Bruxelles p. 16

3. RIESGOS COMPLEJOS. Cuya naturaleza es tal que un siniestro implica el pago de la suma asegurada o de una parte de ella. Es el riesgo de incendio, el robo u otros análogos. Para el asegurador, el riesgo complejo comprende tres elementos característicos: la suma asegurada, la probabilidad del siniestro y la magnitud probable de la pérdida.

La importancia de esta clasificación radica en la influencia que cada una de las clases ejerce en la regulación del valor del riesgo puro y en la subsiguiente estimación del precio del seguro.

D. Una última clasificación se inspira en la frecuencia del riesgo, en la periodicidad de su concreción en siniestro, en su capacidad destructora y en su permeabilidad a las deducciones estadísticas, así:

1. RIESGOS ORDINARIOS. Que se registran constantemente dentro de un mismo país, una misma zona geográfica, una misma ciudad, con una periodicidad estadísticamente mensurable de días, de semanas, de meses, de trimestres, de semestres e inciden, al azar, sobre un número limitado de bienes o intereses estrechamente confinados: la muerte natural o accidental, el incendio, el atraco, la colisión automovilística, el desfalco, etc. Susceptibles todos ellos, por las notas que los caracterizan, de evaluación matemática más o menos confiable y de controvertible asegurabilidad técnica.

2. RIESGOS EXTRAORDINARIOS. De ocurrencia más o menos excepcional en el mundo y en cada continente o país aisladamente considerados y cuya periodicidad solo puede graduarse por quinquenios, decenios, siglos y en algunas ocasiones, hasta en milenios. Su capacidad de destrucción suele abarcar, en una sola ciudad, en un territorio geográfico más amplio, en un país entero, innumerables intereses económicos. Y que por lo mismo, difícilmente permiten razonables proyecciones hacia el futuro. Por lo cual se torna discutible, su asegurabilidad a la luz de los presupuestos técnicos que gobiernan la institución. Revisten naturaleza catastrófica, tales son una guerra internacional, una guerra civil, el terremoto, los huracanes, las tempestades, las inundaciones, por mencionar tan solo los ejemplos más elocuentes.

V. El riesgo y sus soluciones

Con la evolución del mundo ha evolucionado igualmente el problema del riesgo, que es tan antiguo como la sociedad o como el hombre. Lo que ha variado es su intensidad, hoy más aguda igual que el procedimiento para hacerle frente, hoy más práctico, más eficaz, más técnico.

El sentido comunitario de los bienes primitivos, su simplicidad, así como el carácter elemental de la vida, restaban intensidad al problema del riesgo, aunque no lo afectaban en su existencia misma. Como lógica consecuencia de la civilización y de su constante desarrollo como resultante natural del mecanismo cada vez más avanzado y complejo de la vida moderna, dicho problema ha cobrado proporciones cada vez más graves y por lo mismo, determinado la necesidad de correctivos más prácticos y de soluciones más eficaces.

La seguridad es anhelo común de todos los hombres, seguridad en la persona y en los intereses. El indiferente es caso extraño que no puede servir siquiera como término de referencia, la vida y la propiedad como derechos naturales, se defienden instintivamente. Esto demuestra hasta que punto esta respaldada por los hechos la idea con que rompe este párrafo.

En desarrollo de ella, el hombre suele adoptar una serie de precauciones cuyo objetivo no es otro que el de eliminar las amenazas que penden sobre su vida o sobre sus bienes o por lo menos el de restar importancia a sus efectos. Si la absoluta indiferencia se da tan solo como caso excepcional, la seguridad completa apenas podría concebirse como simple abstracción psicológica, como elaboración mental. Pues bien: entre estos dos extremos, la indiferencia absoluta y la completa seguridad, se da toda escala de precauciones que el hombre se ha ingeniado como defensas. Ella abarca desde la más elemental medida de prevención hasta la más compleja y eficaz, desde la defensa instintiva de los peligros circundantes hasta lo que podría llamarse el seguro contra "todo riesgo", siendo de advertir que este no existe sino como posibilidad teórica.

a) Medidas preventivas

No sobra aludir a las precauciones ordinarias, que están en la conciencia de todos los hombres y que pueden estimarse como resultante natural del instinto de conservación de su vida y sus bienes. El cierre de puertas y ventanas, para evitar el acceso de los ladrones durante las horas de la noche. La contratación de celadores nocturnos que prevengan la amenaza de robo, todas estas son elementales medidas de defensa, cuya necesidad no puede ponerse en duda, pero cuya eficacia es apenas relativa.

Nos interesan sobre todo los sistemas extraordinarios de prevención, resultantes de la avanzada técnica moderna, porque están inspirados en principios científicos y porque, en tal virtud ofrecen mayores garantías de eficacia.

Hacen parte de esta clase de sistemas preventivos, los que ponen en práctica las grandes corporaciones industriales a fin de evitar la ocurrencia de accidentes de trabajo, los métodos modernos para prevenir a gran escala la difusión de las enfermedades contagiosas, la construcción de edificios de concreto a fin de sustraerlos a la acción del fuego, las bien equipadas organizaciones de bomberos, los dispositivos mecánicos que tienen por objeto evitar la propagación de un incendio, los aparatos de alarma automática para escapar a la consumación de un robo, etc.

Todos estos medios, en mayor o menor grado, se utilizan en la prevención de los riesgos, en su eliminación, o en la atenuación de sus consecuencias y desde luego tienen la virtud de afianzar la seguridad del hombre y de las sociedades, por lo que se ha considerado que " la prevención es más deseable que el seguro ".⁷⁷

Pero no puede atribuírseles el carácter de garantías absolutas contra el peligro, ni es cuerdo confiar ciegamente en su eficacia protectora, porque cualquiera que sea su grado de perfección técnica, fallan a veces con mayor frecuencia de la que es dable suponer.

Un ligero defecto de construcción, un pequeño descuido en su revisión periódica, una falla en su colocación, pueden significar otros tantos gérmenes de inoperancia en el momento en que se hace más indispensable su funcionamiento, por eso no bastan, aunque no es posible desconocer su importancia, lo que ocurre es que deben combinarse con otros sistemas que aunque no eliminan la posibilidad del daño, restan gravedad a sus consecuencias económicas.

De acuerdo con su finalidad específica, Mowdray ⁷⁸ se registran cuatro medios de prevención , a saber:

1. Los medios preventivos strictu sensu cuyo fin es atacar el peligro en sus causas, previniendo de este modo la pérdida que ellas generan, son los medios más efectivos, los más aconsejables, por cuanto evitan la ocurrencia misma de la pérdida y de lo que ella significa para la economía privada y para la economía social.
2. Los medios de prevención o cuasiprevención, cuyo fin es proteger las cosas o las personas expuestas al daño, medios menos eficaces que los puramente preventivos toda vez que no se

⁷⁷Idem apud Albert H. Mowbray, *Insurance, its theory and practice in the United States*, Neww York-London, McGraw Hill, 1946, p.30 y ss.

⁷⁸Op. cit. p. 31

dirigen a neutralizar las causas sino los efectos, comprenden medidas policivas de diverso orden, aplicadas por las respectivas organizaciones de bomberos, de tránsito, sanitarias, y en general la tutela del orden público en sus variadas manifestaciones.

3. Los medios de atenuación, cuyo objeto es solo limitar en la medida de lo posible, la magnitud de los daños, menos eficaces que los medios de prevención y de protección, porque ni siquiera se dirigen a atenuar los efectos del riesgo, sino tan solo a reducir sus proporciones: organismos e instrumentos de extinción de fuego, dispositivos automáticos para controlar su propagación, sistemas de alarma, etc.

4. Los medios de salvamento, encaminados a la preservación del valor de la propiedad afectada por el daño, medios efectivos, pero menos aún, que los ya expuestos, si la propiedad o su valor, ya a salvo representan un valor comercial mayor que el costo mismo de salvamento, porque de lo contrario carecen de sentido, a menos, claro está, que se trate de salvar otros valores que los meramente económicos como la vida humana, porque entonces ya no son propiamente medios de salvamento sino de asistencia.

b) Medidas compensatorias

Frente a estos medios puramente preventivos, existen las providencias de carácter compensatorio, ciertamente, que su adopción por rigurosa que sea, no elimina la posibilidad del peligro, al cual no atacan en su nacimiento sino en sus efectos, no puede dudarse de su utilidad práctica, ni de la influencia que tienen en la vida económica, ni de su importancia como factores de seguridad y por tales motivos es conveniente aludir brevemente a ellos.

a. **EL AHORRO.** "El ahorro propiamente dicho consiste en gastar menos de lo que se produce o gana, con el fin de destinar lo no consumido a necesidades futuras"⁷⁹, esta definición permite advertir claramente el factor de previsión que es inherente a la función económica del ahorro.

b. **LA RESERVA.** La reserva no es más que un ahorro, solo que no está habitualmente representada por sumas en disponibilidad, sino que implica una sustracción al balance y a la consiguiente distribución de utilidades, pero puede ser -y lo es usualmente- un sistema para hacer frente al problema de los riesgos.

⁷⁹Gabriel Bonilla Marín, Teoría del seguro social, p. 15

c. LA ASISTENCIA SOCIAL Y LA BENEFICENCIA PRIVADA. Que ofrecen una peculiaridad y es la de que son recursos extraños a la persona que recibe el contragolpe de los riesgos, fuera de que no han sido establecidos con la mira específica de afrontarlos.

d. LA TRASLACIÓN DEL RIESGO. Es el caso del arrendador que mediante condiciones específicas, impone al arrendatario la obligación de responderle hasta por el caso fortuito. De ese modo escapa, cuando menos legalmente, a las consecuencias del riesgo que pesan sobre el dueño de la propiedad.

LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS

EL COASEGURO Y EL REASEGURO

I. EL COASEGURO

A) La naturaleza

En la distribución horizontal o primaria de los riesgos. Mediante este sistema, un conjunto de compañías entre las cuales no median relaciones recíprocas de aseguramiento, asumen responsabilidades individuales con respecto a un mismo riesgo. Que haya o no entre ellas un acuerdo previo para asumir cada una, una cuota de la responsabilidad total, es una circunstancia extraña a la naturaleza técnica del coaseguro. La distribución puede derivarse de la iniciativa del asegurado, que quiere hacer partícipes del mismo seguro a dos o más compañías, o tener su origen en una de estas que, incapaz de asumir la responsabilidad total, y con el consentimiento del asegurado, propone a otras instituciones aseguradoras la repartición del riesgo.

El dueño de un edificio, cuyo valor total es de diez millones de pesos (\$10'000,000.00) puede trasladar el riesgo a cuatro aseguradores en las proporciones que a bien tenga, o con sujeción a la distribución que ellos convengan, en uno u otro caso, habrá un coaseguro. La participación en las primas guardará proporción con la cuota asignada a cada compañía, y así mismo se liquidará el valor de las pérdidas en caso de siniestro.

b) Relaciones

El coaseguro da origen a las siguientes relaciones:

1. ENTRE LOS COASEGURADORES. No existen entre ellos relaciones recíprocas de aseguramiento, su responsabilidad es individual y no conjunta ni solidaria, cada uno conserva una relación jurídica independiente con el asegurado, solo que en ciertos casos conviene en confiar a uno de entre ellos la administración del negocio mediante el pago de honorarios preestablecidos. Pero esto apenas supone que el administrador se ocupará de los trámites del negocio, de su desenvolvimiento normal, dando los avisos, recibiendo las notificaciones, recaudando las primas, efectuando el pago de las pérdidas.

Todo con el solo objeto de simplificar el mecanismo del seguro en beneficio de los coaseguradores y del asegurado mismo.

2. ENTRE LOS COASEGURADORES Y EL ASEGURADO. Existe una relación jurídico-contractual independiente entre el asegurado y cada uno de sus aseguradores, cuya responsabilidad individual esta limitada por su participación en el riesgo, en el ejemplo propuesto anteriormente, cada asegurador responde hasta por la suma de dos millones quinientos mil pesos (\$2'500,000.00) si es que se acordó una distribución a partes iguales, la insolvencia, la mala fe o la restricción del amparo de cada uno de los coaseguradores no afecta económica, ni legalmente a los demás.

e) Ventajas

Para el asegurador es ventajoso el coaseguro en cuanto le facilita la distribución del riesgo, para el asegurado, en cuanto lo protege, a lo menos en parte contra la insolvencia del asegurador. La insolvencia conjunta de los coaseguradores es un riesgo más remoto que la de una sola institución aseguradora.

Cabe subrayar las circunstancias en que el coaseguro llena una función importante, como instrumento técnico de distribución de los riesgos. Porque a decir verdad las solas ventajas que hemos enunciado contrarrestadas por algunos inconvenientes que su aplicación entraña para el asegurado y para los mismos coaseguradores, no justifican el uso sistemático del coaseguro. Hemos de apuntar que los coaseguradores no se obligan solidariamente con el asegurado, y no esta de sobra agregar que la pluralidad de seguros sobre un mismo riesgo multiplica, a veces innecesariamente, los costos de producción, amen de que aplicada como concepción elemental de la distribución de riesgo, y a veces promovida por el asegurado para satisfacción de sus meras

conveniencias sociales, apenas produce una multiplicidad de su relaciones contractuales con las consiguientes dificultades para administrarlas cómoda y económicamente.

Este sistema de distribución de riesgos se justifica con estas modalidades y bajo estas condiciones:

1. A través de un consorcio organizado de aseguradores, cada uno de los cuales asume una cuota preestablecida del riesgo, para recibir igual proporción de la prima y participar dentro del mismo límite, en la pérdida eventual. Es este el conocido sistema del pool en que uno de los aseguradores mediante un estipendio (usualmente un pequeño porcentaje de la prima) o sin el asume la administración de negocio, de tal suerte que aún subsistiendo tantas relaciones jurídicas cuantas sean las entidades coaseguradoras, el asegurado puede considerarse vinculado a todas ellas a través de una sola; la que recibe la prima, recibe y tramita los avisos, emite sus documentos, controla sus vencimientos, atiende a los reclamos, los examina, los liquida y los paga.

2. Se comprende fácilmente que este mecanismo, cuya simplicidad exterior apenas disimula su laborioso engranaje interno, debe ser objeto de aplicación práctica en casos muy limitados, por la magnitud económica de los intereses asegurados, por la magnitud de los azares que los amenazan o por la combinación de estas dos circunstancias.

La magnitud económica del interés asegurado justifica la distribución primaria del riesgo porque hace más expedita su distribución vertical, a través del reaseguro y porque limita la necesidad de este y porque - supuesto el concurso de aseguradores locales - permite aprovechar mejor la capacidad de retención nacional y frena convenientemente la exportación de riesgos (importación de seguridad) y el consiguiente gasto de divisas extranjeras.

La magnitud de los azares explica el uso del coaseguro y hasta lo hace aconsejable, ya no tan solo por los motivos señalados, sino porque alivia el peso que ella significaría para un solo asegurador, mejora el equilibrio de su cartera y, de paso la hace más atractiva para los reaseguradores.

Pero además si éstas razones no bastaran, en uno y otro caso este sistema de distribución horizontal robustece los vínculos comerciales entre los aseguradores de un mismo mercado, disipa los peligros de una competencia desenfrenada y, a veces desleal, y hace propicia la mutua asistencia, la recíproca colaboración, en una actividad comercial que resiste, mejor que ninguna otra, un fecundo intercambio entre las empresas a ella vinculadas.

En la era del jet y la energía nuclear, casi no se concibe un seguro sobre el casco de una aeronave o sobre un reactor atómico sin una primera distribución horizontal de los riesgos, a través de un consorcio integrado, a veces, por numerosas empresas, hay que darse cuenta de lo que significa desde el punto de vista del riesgo, el cúmulo de intereses que una aeronave de retropropulsión, en vuelo, lleva consigo: no es solo el casco de la nave con los varios millones de dólares que representa su reposición, sino además las responsabilidades contractuales o extracontractuales que un siniestro puede ocasionar a su empresario y las vidas aseguradas de sabe Dios cuantos pasajeros.

La distribución horizontal del riesgo puede revestir modalidades más complejas, traducirse en refinadas estructuras empresariales, extenderse, así al seguro como al reaseguro, abarcar pluralidad de ramos y operar simultáneamente sobre multiplicidad de relaciones asegurativas, todo ello a través de firmas intermediarias provistas a veces de amplísimas facultades de suscripción de riesgos en nombre de varios aseguradores. Tratase, en esencia de la operación del coaseguro a grande escala en cuanto entraña distribución de riesgos, de primas, de gastos y de pérdidas conforme a porcentajes preestablecidos.

Son los pools en estricto sentido, que acumulan la capacidad de suscripción de varias compañías, carecen de capital social y de personal jurídico y cuya representación colectiva radica en la cabeza de la sociedad o persona encargada de su administración.

d) Peligros

Aún en la más sencilla de sus modalidades, el coaseguro esconde algunos peligros, que no derivan ciertamente de su naturaleza sino de su administración despreocupada y ligera, peor aún la de los pools en estricto sentido con las facultades de suscripción (binding authority) que a ella suele otorgarse.

En el coaseguro ordinario, los excesos de la compañía líder en el ejercicio de sus limitadas atribuciones (expedir la póliza, recaudar las primas, recibir avisos, tramitar reclamos, etc.) pueden ser origen de conflictos entre ella y los demás coaseguradores o peor aún entre estos y el asegurado, es necesario pensar, a veces en extremo en los peligros de esta situación, es decir pensar mas allá de modificaciones en la póliza que signifique agravación de las responsabilidades potenciales que ella genera, formalizadas con el asegurado a espaldas de las demás entidades vinculadas a la operación en la inclusión de nuevos riesgos o intereses no incorporados originalmente en el seguro, en aumentos - a veces substanciales - de los valores asegurados, así

como también habría que considerar la posibilidad de un siniestro antes que alguno o algunos de los coaseguradores hayan provisto a su necesaria seguridad técnico-financiera a través del reaseguro facultativo, ¿Quién o quienes responden ante el asegurado? ¿Y como? ¿Como si el reaseguro es insuficiente? ¿O es que, en esa hipótesis, la pérdida gravita sobre el asegurado que de buena fe había acordado la modificación de su seguro con el coasegurador encargado de la administración de la póliza? Inquietudes son estas que indican hasta que punto el aspecto operativo del coaseguro reclama la más esmerada vigilancia.

II. EL REASEGURO

a) La naturaleza

Como sistema de distribución vertical del riesgo, el reaseguro es la traslación de una parte del riesgo, asumido directamente por el asegurador con el objeto de nivelar su eventual responsabilidad frente al asegurado en guarda del presupuesto de la "uniformidad cuantitativa" que es uno de los que gobierna la operación racional del seguro. Efectuado por el reasegurador, con sujeción al mismo postulado, suele dársele el nombre de retrocesión.

Con el coaseguro si lo hubiere, unido a la retrocesión o retrocesiones a que da lugar la magnitud económica del interés objeto del seguro original, con la retención del asegurador principal, el reaseguro produce el efecto que los expositores denominan "atomización", "pulverización" o "nivelación" de los riesgos.

El reaseguro implica, pues, todo un engranaje de aseguradores tanto más complejo cuanto mayor sea la magnitud económica de cada riesgo, a tal punto que en un solo interés, un transatlántico, por ejemplo, o una moderna aeronave, puede llegar a estar comprometida la responsabilidad de uno o varios centenares de organizaciones aseguradoras.

Solo mediante este organismo técnico jurídico de distribución de los riesgos, puede el asegurador - o el reasegurador - asumir a través del seguro directo, cuantiosas responsabilidades eventuales que exceden con mucho, su limitada capacidad patrimonial y más aún el margen de su solvencia financiera.

Porque importa subrayar de una vez que la responsabilidad jurídica del asegurador solo encuentra su tope en el límite estipulado en el seguro - es total - al paso que su responsabilidad técnico

financiera se halla enmarcada por la retención debidamente calculada; en otros términos el reaseguro está llamado a proveer en caso de siniestro a la insuficiencia de sus recursos, mejor dicho a suplir la diferencia entre las dos responsabilidades en cuestión.

b) Funciones del reaseguro

Ni el coaseguro, ni el reaseguro son sistemas excluyentes de compensación de riesgos, aunque no nos cabe duda de que son las más efectivos, los que mejor convienen al equilibrio de una mutualidad organizada, uno y otro, rectamente aplicados encauzan mediante la nivelación económica de los riesgos, la Ley de las probabilidades y neutralizan, o suavizan, a lo menos, los efectos de las desviaciones estadísticas, subsiste sin embargo para el asegurador cauteloso, la conveniencia de aplicar en la medida de sus posibilidades los demás medios de compensación existentes, porque así estará mejor afianzado el equilibrio de cartera.

Pero es importante subrayar la función específica que corresponde al reaseguro como sistema de compensación, no sin antes ensayar previamente, con la ayuda de J. Tuma⁸⁰, una síntesis así sea muy apretada, del concepto de "cartera asegurada", a la que suele darse también, quizá más usualmente, la denominación de "portafolio asegurado", o simplemente "portafolio".

El conjunto de todos los seguros otorgados por una empresa de seguro, vigentes en un momento determinado y sea cual fuere su clase y magnitud constituye la "cartera asegurada", pero para fines administrativos esta puede desintegrarse en tantas "carteras aseguradas" cuantos sean los ramos objeto de explotación comercial, y así podrán estructurarse independientemente, la "cartera asegurada" en el ramo de vida individual, la "cartera asegurada" en el ramo de incendio, la "cartera asegurada" en el ramo de robo, etc. Y tenemos de este modo una mejor delimitación para fines administrativos de lo que es la "cartera asegurada".

La "cartera" así concebida está integrada por todos los seguros contra el mismo riesgo, escalonados según el grado de intensidad de la amenaza que pende sobre los intereses de aquellos que extienden su protección, esto es, graduados conforme a la peligrosidad de los riesgos, desde los más azarosos hasta los menos azarosos.

Con este criterio la "cartera" resiste una nueva clasificación, por categorías, o grupos de riesgos, siendo el denominador común de estos su comportamiento frente al peligro, esto es, su

⁸⁰ Op. cit. J. Tuma. Elements of Reinsurance Technique : The Statics, Bombay, Matharawala, 1952 p. 2

homogeneidad cualitativa. Es la "cartera parcial" integrada por un conjunto de riesgos cualitativamente homogéneos y cuantitativamente heterogéneos, concepto básico sobre el cual debe girar la distribución de los riesgos a través del reaseguro moderno. "Los principios teóricos establecidos sobre una categoría se aplicarán a cualquier otra categoría y finalmente podrán extenderse a la totalidad de la cartera asegurada."⁸¹

Homogeneizada cualitativamente la "cartera parcial", la función del reaseguro consiste en homogeneizarla también cuantitativamente; logrado esto podemos decir que el portafolio del primer asegurador o cedente quedará integrado desde entonces por proporciones de riesgos tales que la relación variable entre su magnitud y su calidad, las haga comparables unas con otras, de tal modo que la compensación se opere entre ellas. Las desviaciones, matemáticamente determinables, no serán anuladas, pero sí atenuadas de modo que el asegurador pueda soportarlas con las reservas de que disponga y esta es la función del capital de reaseguro: la nivelación de los riesgos.

Las demás que se le atribuyen son derivaciones naturales del sistema. Es claro que el reaseguro entraña seguridad para la empresa aseguradora, pues tal es el objetivo para el que ha sido concebido y que significa para la entidad especializada en la asunción directa de los riesgos, lo que el titular de los intereses amenazados: protección. Ni duda cabe de que contribuye al desarrollo del seguro, porque le permite comprometer su mecanismo técnico en cuantiosas responsabilidades potenciales y vincularlo a nuevas y atrevidas modalidades de amparo, ni es dable subestimar la función crediticia que el reaseguro llena respecto del seguro directo, por algo se ha dicho que el "reasegurador es el banquero del asegurador directo".

Pero como fácilmente se advierte todas estas son funciones accesorias, en cuanto derivadas de la función cardinal que es la nivelación de los riesgos.

c) Importancia del reaseguro.

⁸¹J. Tuma, *idem*, *ibidem*.

La importancia del reaseguro como sistema de distribución de riesgos, puede examinarse con respecto al asegurado, al asegurador principal y al reasegurador.

1. Con respecto al asegurado. Aunque éste puede distribuir el riesgo a través del coaseguro, eliminando en parte el riesgo de insolvencia de un solo asegurador, también por medio del reaseguro, recurso extraño totalmente al asegurado, se logra ese objetivo. Además el reaseguro no desintegra la unidad de responsabilidad contractual del asegurador principal, lo que permite al asegurado hacer efectivos sus derechos ante una sola entidad, fuera de que el amparo es uno solo, lo que facilita al titular el cumplimiento de sus obligaciones y le permite formarse un concepto más sólido sobre el alcance de sus derechos.

2. Con respecto al asegurador. Al asegurador le permite asumir responsabilidades cuantiosas, sin sacrificar el sano equilibrio de sus carteras. Derivar comisiones como gestor y participar a veces, de los beneficios del reasegurador.

3. Con respecto al reasegurador. Acrecentar sin necesidad de un complejo mecanismo, y con el mínimo de gastos el volumen de sus negocios. Ampliar su campo de acción, simplificar la actividad de asunción de riesgos, asegurar su mayor diseminación y con ella un más adecuado equilibrio de sus cálculos.

d) Definiciones

En el complejo mecanismo del reaseguro, se da la intervención de un conjunto de entidades o personas que responden a las siguientes denominaciones técnicas.

1. **El asegurador**, o sea la entidad que asume inicialmente la responsabilidad global sobre el riesgo asegurado. Se llama también reasegurado, en cuanto es el titular de los derechos que deriven del reaseguro, cedente, en cuanto se desprende de una parte del riesgo para cederla a un nuevo asegurador, asegurador directo, asegurador principal.

2. **El reasegurador**, que es la entidad otorgante del reaseguro y que también puede llamarse cesionario o aceptante, en cuanto se desprenda a su vez de una parte del riesgo, recibirá el nombre de retrocedente, y el de retrocesionario, la entidad aceptante de esa parte, Luego, en relación con otras retrocesiones, los cedentes se llamarán segundo, tercer retrocedente y los aceptantes, primero, segundo, tercer retrocesionario.

En síntesis, la primera responsabilidad es la que asume el asegurador para con el asegurado y cada una de las subsiguientes, las que asumen el reasegurador para con el asegurador directo, el retrocesionario para con el retrocedente, etc., se dividen en dos porciones definidas; la que compromete la responsabilidad económico-técnica de la entidad o persona que asume el riesgo y la que es objeto de la cesión a otra empresa de seguros o reaseguros.

e) Delimitación del reaseguro

Conocida su naturaleza, su función y su importancia, es necesario además delimitar el campo de acción del reaseguro, hasta donde la empresa aseguradora esta en capacidad de bastarse a si misma sin eventual detrimento de su solidez patrimonial. De que limite en adelante irrumpe la necesidad de este mecanismo de distribución de riesgos.

1. **El pleno y la retención.** El pleno también denominado "máximo de conservación", es la cantidad máxima que el reasegurador puede sobrellevar en un solo siniestro, sin comprometer el equilibrio de su estructura financiera, Variante del pleno, aunque frecuentemente se identifica con el, la retención es la suma que delimita en cada cartera de seguros, técnicamente constituida, esto es, sobre cada grupo homogéneo de riesgos, la responsabilidad eventual del reasegurador evaluada en función de su capacidad técnico financiera. La retención, según la clase de riesgos que conforman la cartera asegurada, puede ser equivalente al pleno, excederlo o ser inferior a el.

Tanto el pleno como la retención, que es la derivación suya en cada clase de riesgos, se determinan en función de la capacidad financiera de la respectiva empresa, lo que parece obvio si se considera la función que están llamados a cumplir como diques de sus responsabilidades eventuales. Y son conceptos que no obstante sus diferencias teóricas, suelen identificarse en el diccionario de los aseguradores.

Y aún en las normas legales que regulan su actividad profesional, lo fundamental es a la postre que uno y otro esconden señalada importancia en la operación técnica del seguro y que su aplicación debe ser objeto de escrupulosa observancia.

Por eso debemos centrar nuestra atención en dos operaciones prioritarias a las cuales hay que entender subordinado el ejercicio ortodoxo de la actividad aseguradora. A) la determinación de los plenos y b) la determinación de las retenciones.

a) La determinación de los plenos. Es el extremo del problema de la fijación de los plenos, la determinación, a priori de la pérdida máxima que una empresa de seguros está en capacidad de soportar, por su propia cuenta, en un solo siniestro, sin poner en peligro la solidez financiera de su organización,. Damos por supuesto, pero bien puede ser de otro modo, que una empresa de seguros debe tener tantos plenos como sean los ramos que constituyen el objeto de su explotación comercial, porque al fin y al cabo cada uno de los ramos tiene o puede tener diferente comportamiento frente a la Ley de las probabilidades y frente, por tauto, a las desviaciones estadísticas. Nada obsta, con todo, para que el pleno sea uno solo, determinado, en tal caso, en guarda de una sana política de prudencia, con arreglo a las exigencias de aquel de los ramos que mayor temor suscite en el empresario de los riesgos, uo es ésta, empero una política aconsejable, si se aspira como es lógico a encauzar la mutualidad dentro de los carriles de la técnica y del beneficio comercial.

Fijar el pleno es sin duda, la operación fundamental de una empresa de seguros, es en otros términos, el primer paso de una organización, a la que se supone jurídicamente constituida, antes de acometer el proceso de acumulación de riesgos en cada uno de los ramos.

Fijar el pleno es, dicho de otro modo, señalar la suma que la empresa esta dispuesta a perder en caso de ocurrir un siniestro sobre uno cualquiera de los riesgos asegurados, y deducir de esa primera operación, los límites por encima de los cuales debe aprovechar el reaseguro como sistema de compensación de los riesgos.

Ya hemos establecido la diferencia que existe entre pleno y retención. Este último concepto corresponde al del límite al que acabamos de aludir, es un punto de referencia para cada escala o clase de riesgos que permite dividir o delimitar las responsabilidades del asegurador y del reasegurador.

La determinación de los plenos es el resultado de la conjunción y evaluación de distintos criterios financieros, jurídicos, económicos y psicológicos⁸² que, debidamente considerados, indican la justa medida de la necesidad del reaseguro.

Primero. Los factores financieros que, por obvias razones, entrañan la mayor trascendencia, han sido identificados así⁸³:

⁸²(idem apud- Henri LeBlanc , *La reassurance au point de vue economique*, Paris, 1949 p. 67 y ss-.

⁸³Op. cit. p. 67

1. El capital y las reservas. Son los que mejor iluminan el criterio del empresario y de sus asesores en la dosificación de la capacidad de absorción de riesgos de la empresa naciente o en curso. Integran su patrimonio que, como tal, es parámetro o brújula que conduce a la cuantificación razonable de la obligación máxima que ella puede contraer sin exponerse a un serio quebranto financiero.

1.1. El capital social. Es la suma que los dueños de la empresa (llámense accionistas o socios) han querido comprometer en el negocio, dispuestos a derivar de ella el mayor rendimiento, pero también así sea eventualmente a perderla total o parcialmente. La magnitud de ese capital permite a la empresa mayor o menor elasticidad en la fijación de sus plenos. Estos podrán ser más o menos elevados según la cuantía de aquel. Y justamente el capital es el factor preponderante, sino el único, para señalar la capacidad de absorción en la empresa incipiente, porque representa la garantía de los primeros asegurados, su prenda en caso de siniestro. De ahí la cautela con que ha de actuar el técnico a cuyo cuidado se encomiende la tarea de programar los reaseguros para la organización naciente.

1.2 Las reservas libres constituyen un incremento del capital. Tomadas de la utilidad de la empresa, y acumuladas a través de varios ejercicios, ellas indican el grado de prosperidad del negocio. Con magnitud corre pareja la solidez financiera de la organización. Y por eso influyen en la solidez del pleno. Pero lo que se predica de las reservas libres no puede decirse de las reservas técnicas o matemáticas, aunque no es posible despojar a estas de una influencia, así sea secundaria o adjetiva, en la regulación del pleno. Porque ellas representan las primas no devengadas o los compromisos del asegurador sobre los contratos en curso⁸⁴. Constituyen en cierto modo, un pasivo del asegurador, no obstante que normalmente, no hayan de ser masivamente exigibles por los asegurados. Ejercen, con todo, una función, así sea complementaria en la regulación de los plenos, en cuanto el volumen de ellas es signo de desarrollo de la empresa de su aceptación en el mercado de seguros, de su antigüedad, de la solidez de sus bases. Circunstancias estas que no pueden desestimarse en la programación de una acertada política de reaseguros.

2. El número de seguros vigentes. Determinantes según sea su cuantía de pleno mayor o menor si ese número es elevado son más remotas las posibilidades de desviación estadística, la Ley de probabilidades tendrá una operancia, mejor ajustada, más exacta. Y el pleno podrá ser más alto si ese número es pequeño, será más probable la desviación del promedio, y esto aconseja mayor prudencia en la fijación del pleno.

⁸⁴Op. cit. p. 69

3. La magnitud media de los seguros. Aspecto fundamental en la distribución de los medios, toda vez que atañe substancialmente a la nivelación. El pleno deberá ser menor si el valor promedio de los riesgos es elevado y mayor si es bajo. Un portafolio de seguros esta, aún concebido como núcleo de riesgos de calidad homogénea muy heterogéneamente elevado desde el punto de vista de su magnitud económica, que algunos de ellos, quizá el mayor número, es de pequeñas cuantías individuales, al paso que algunos otros lo son de verdadera cantidad. De ahí que es más temible, por más atentatorio contra el equilibrio financiero de la empresa, el siniestro que recaiga sobre uno de los grandes riesgos. Y esto explica suficientemente porque el valor promedio de los seguros que componen determinado portafolio deben influir en la fijación del pleno. Se ha definido a la "exposición de un portafolio" como "la relación entre la mayor suma asegurada del portafolio y su volumen total de primas en un año. De donde se deduce la influencia, en el grado de exposición, de la tasa promedio del portafolio, que en otros términos corresponde al grado de selección de los riesgos. En estas circunstancias no solo la magnitud promedio de los seguros, sino también la tasa promedio, esto es la prima total dividida por el volumen total asegurado, ha de considerarse como factor determinante en la fijación del pleno. Mientras más alta sea la tasa promedio, menor debe ser el pleno y viceversa.

Segundo. Los factores jurídicos hacen relación a la forma de organización de la entidad que asume los riesgos, es lógico pensar que la sociedad a prima fija (sociedad anónima usualmente) requiera mayor cautela que la organización de tipo mutualista en la regulación de su capacidad de absorción de riesgos por propia cuenta, toda vez que esta última dispone el recurso de ajustar al término de cada ejercicio, el volumen de sus primas al volumen de sus siniestros. Es de notar empero que las organizaciones mutualistas, fuera de lo que las define como tales (la identidad de socios y asegurados) apenas va quedando el nombre dada su marcada tendencia a trabajar a base de primas fijas para hacer frente a la competencia de las sociedades anónimas.

Los organismos públicos de seguros y con mayor razón los monopolios de estado, sea en virtud del cumulo de negocios que absorben o de la potencialidad de sus recursos financieros o del mismo apoyo gubernamental en que descansan, necesitan también del reaseguro pero en menor escala que los demás tipos de empresas. Y de ahí que puedan gozar de mayor amplitud en la fijación de sus plenos.

Tercero. Los factores económicos hacen relación, principalmente, a nuestro juicio al valor de la moneda, esto es, a su poder adquisitivo. Los plenos han de ajustarse a los signos preponderantes de aquella, por lo cual la técnica de su regulación no puede ser ajena a la dirección general del

ciclo económico. Es importante para medir la influencia del reaseguro en algunos procesos económicos o financieros, como la concentración de empresas de seguros, o su absorción o control técnico-administrativo por organizaciones de reaseguros, no son pertinentes en lo que atañe a la magnitud de los plenos.

Cuarto. Igual cosa puede afirmarse por cuanto a los factores psicológicos, cuyo influjo se pone de relieve, no propiamente en la fijación de los plenos sino en la selección de los reaseguradores.

En suma, habida cuenta del número de sus seguros, en determinado ramo, de la magnitud promedio de ellos, del grado de exposición de la cartera y de su grado de selección, de la magnitud de su capital y reservas libres, de la modalidad jurídica de su organización y de los signos predominantes de la estructura monetaria, la empresa debe fijar su pleno o máximo de conservación en una suma determinada. Efectuada esta operación que no obstante, los factores que la condicionan y que deben ser objeto de prudente consideración esta enmarcada por signos de arbitrariedad que escapan a todo posible control, procede la fijación de las retenciones, cuyos límites, para cada categoría de riesgos, están subordinados a la magnitud del pleno.

b) La determinación de las retenciones. Concepto de pérdida máxima probable. Adecuadamente establecido, el pleno para una determinada rama de seguros, el concepto de pérdida máxima probable cumple una función cardinal en la fijación de la retención. Para mejor discernir la relación de estos dos conceptos, pleno y retención, cabe afirmar que aquel se mide en función del siniestro (riesgo en estado de daño) y esta en función del riesgo (siniestro en potencia), y de ahí la importancia del factor pérdida máxima probable en la determinación de las retenciones.

La retención es la suma máxima que la empresa de seguros está en capacidad de sobrellevar en un riesgo. El pleno es la suma máxima que está en capacidad de soportar en una pérdida efectiva. Esto significa en otros términos que la retención puede ser varias veces mayor que el pleno. ¿Por qué? justamente porque si la pérdida, caso de registrarse, no ha de ser total sino parcial, y si es ella, además la que ha de determinar la responsabilidad efectiva bien puede contraerse una responsabilidad potencial por mayor suma. Lo que importa es que aplicada a la dimensión del siniestro, esta responsabilidad no exceda el pleno.

La retención se fija, pues, en función del pleno, pero no se identifica con el.

¿Como se determina entonces, la retención? Esta interrogante solo encuentra una respuesta adecuada en el concepto de pérdida máxima probable.

La pérdida máxima probable es el valor máximo que en circunstancias normales, puede significar la pérdida derivada de un solo siniestro sobre un interés o conjunto de intereses asegurados, habida consideración de la naturaleza y grado del riesgo que los amenaza y de su propia magnitud económica.

Parece innecesario advertir que la pérdida máxima probable es una mera estimación, sujeta por lo mismo, a error y que puede dar lugar a serias sorpresas. Suele además representarse por una cuota del valor del interés o de los intereses amenazados, usualmente un porcentaje.

Básicamente son dos los factores determinantes de la pérdida máxima probable y ya han sido subrayados en la definición que hemos dado. Uno de ellos es la naturaleza del riesgo y el otro la magnitud del interés asegurado.

1. El riesgo. La naturaleza del riesgo y el grado de intensidad con el que incide sobre la persona o cosa amenazados, es el factor que exige mayor cautela a la empresa de seguros en la determinación de la pérdida máxima probable. ¿Hasta que punto es posible la ocurrencia del siniestro? Y ocurrido el siniestro ¿Cual puede ser la magnitud total de la pérdida?

1.1. El primer planteamiento no puede subestimarse, porque de la naturaleza del riesgo depende el número de siniestros, es verdad que el pleno ha sido calculado para un solo siniestro, pero no debe perderse de vista que el número de siniestros puede desbordar incidentalmente, el presupuesto estadístico, ni que la desviación puede registrarse, ya no localizada en una sola pérdida de magnitud extranormal, sino diluida en varios siniestros, cada uno de los cuales ha de comprometer aunque sea parcialmente la responsabilidad del asegurador. Hay que atender entonces a la causa del siniestro esto es a la naturaleza del riesgo asegurado.

Dicho de otro modo el índice de frecuencia de los siniestros debe considerarse como elemento de orientación en una sana política de fijación de las retenciones, toda vez que ese índice es más alto o más bajo según la naturaleza del riesgo asegurado.

No es lo mismo el ramo de incendio, en que los siniestros son relativamente escasos que el ramo de automóviles o el de transportes, en que son numerosos, porque en último término lo que cuenta fundamentalmente para una empresa de seguros es la pérdida neta derivada del conjunto de todos los reclamos y no la que dimana de cada uno de ellos aisladamente considerada. Y por

lo tanto debe considerar la cifra global que arroja un pleno así sea pequeño, multiplicado por el número de siniestros que eventualmente pueda absorber la totalidad de él.

Pero este es un ángulo que incide substancialmente en la determinación del pleno y en modo indirecto, en la de las retenciones y no en la de la pérdida máxima probable, porque este concepto se dice sólo relación a las consecuencias de un siniestro.

1.2. El segundo planteamiento es el que encierra mayor importancia desde el punto de vista de la determinación de la pérdida máxima probable, ocurrido el siniestro ¿Cual puede ser la magnitud de la pérdida?

La pérdida puede ser total o parcial ¿Que intereses pueden considerarse amenazados con una pérdida total y cuales por una meramente parcial en caso de presentarse el siniestro? en el primer caso la pérdida máxima probable es de 100% y en el segundo caso quedaría por establecer el grado de ella.

Todo se reduce, pero no es un problema simple averiguar como corresponde el interés amenazado a la presencia real del siniestro, cual es su grado de resistencia, dentro de que límites puede resultar afectado. Y de ahí la influencia, en la determinación de la pérdida máxima probable, del grado de intensidad del riesgo sobre el interés asegurado.

CLASES DE SEGURO⁸⁵

CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS SEGUROS (OPERACIONES)

La clasificación más extendida, de acuerdo con la naturaleza de riesgos, es la siguiente:

A) Seguros de Vida o sobre las Personas

⁸⁵Itsemap. Mafre. Manual del Asegurador

Se caracterizan porque recaen sobre los riesgos que pueden afectar a las personas en su existencia, integridad personal, salud o vigor vital.

En este tipo de seguros, el pago de la indemnización no guarda relación con el valor del daño producido por la ocurrencia del siniestro. Ello es lógico, toda vez que la persona no es evaluable económicamente. De ahí que, en realidad, este tipo de seguros no constituya un contrato de indemnización propiamente dicho, diferenciándose así de los Seguros de Daños.

B) Seguros de Accidentes y Enfermedades

Son los que tienen como base la lesión o incapacidad que afecte la integridad personal, salud o vigor vital del asegurado, ocasionada por un accidente o enfermedad de cualquier género.

C) Seguros de Daños (o Patrimoniales)

Bajo esta denominación se recogen todos los seguros cuyo fin principal es reparar la pérdida sufrida, a causa de siniestro, en el patrimonio del tomador del seguro.

Son elementos esenciales de los seguros de daños: el interés asegurable, que implica la necesidad de que el tomador del seguro tenga algún interés directo y personal en que el siniestro no se produzca, bien a título de propietario, usuario, etc.; y el principio indemnizatorio, según el cual la indemnización no puede ser motivo de enriquecimiento para el asegurado y debe limitarse a resarcirle del daño concreto y real sufrido en su patrimonio.

Los seguros de daños pueden dividirse en dos grandes grupos: Seguros de cosas, destinados a resarcir al asegurado de las pérdidas materiales directamente sufridas en un bien integrante de su patrimonio, y Seguros de responsabilidad, que garantizan al asegurado contra la responsabilidad civil en que pueda incurrir ante terceros por actos de los que sea responsable, y proteger su patrimonio, abstractamente considerado, contra el nacimiento de posibles deudas futuras.

LOS RAMOS DEL SEGURO PRIVADO

Se denomina "Ramo" a un conjunto de riesgos de características o naturaleza semejantes. En este sentido se habla de Ramo de Responsabilidad Civil, Ramo de Marítimo y Transportes, Ramo de Incendio, etc.

La clasificación de Ramos es un instrumento fundamental para establecer la homogeneidad cualitativa de los riesgos y efectuar su adecuada ordenación, separándolos en grupos homogéneos con caracteres comunes, que posibiliten un adecuado tratamiento y análisis estadística, así como una correcta tarificación de los mismos.

Para alcanzar mayor precisión en tal objetivo, los ramos suelen subdividirse en modalidades que agrupan riesgos afines.

LOS SEGUROS DE VIDA

A) Concepto general

El seguro de vida es uno de los tipos del Seguro de Personas en el que el pago por el asegurador de la cantidad estipulada en el contrato se hace depender del fallecimiento o supervivencia del asegurado en un momento determinado.

Es conveniente, en esta forma de seguro delimitar el concepto de Asegurado, de cuya vida depende el pago del capital, para contraponerlo al de contratante, que es quien suscribe el seguro y paga la prima (puede coincidir con el asegurado) y al de Beneficiario, que es la persona que percibirá el capital pagado por el asegurador. El Seguro de Vida puede ser clasificado desde distintos puntos de vista, pero, en esencia, de acuerdo con la naturaleza del riesgo, hay dos modalidades principales :

* Seguro en caso de vida: el beneficiario percibirá el capital si el asegurado vive en una fecha determinada.

* Seguro en caso de muerte: el beneficiario recibirá el capital estipulado cuando se produzca el fallecimiento del asegurado.

La combinación de estas dos modalidades da lugar al llamado Seguro Mixto.

B) Seguro para Caso de Vida (o de Supervivencia)

En éste se garantiza el pago de un capital o una renta al beneficiario, que uormalmente es el propio asegurado, solo si éste vive en una fecha o edad determinada.

Las modalidades básicas de este tipo de seguro (también denominado Seguro de Ahorro) son:

* **De Capital Diferido.** El asegurador se compromete a entregar el capital asegurado a la expiración del plazo convenido como duración del contrato si el asegurado vive en esa fecha. Puede ser sin reembolso (si el asegurado fallece antes de finalizar el seguro, las primas satisfechas quedan en poder del asegurador), o con reembolso (dichas primas son devueltas si el asegurado fallece antes de finalizar el seguro).

* **De Renta Vitalicia Inmediata.** En esta modalidad el asegurador, a cambio de una prima única, garantiza el pago inmediato de una renta a una o varias personas hasta la muerte del asegurado, en cuyo caso cesa dicho pago.

La renta vitalicia puede ser constante (de la misma cuantía cada vencimiento) o variable (creciente o decreciente, con el paso del tiempo).

* **De Renta Diferida.** En este caso el asegurador se compromete, al finalizar el plazo de diferimiento estipulado, a pagar al asegurado, mientras viva, una renta constante y periódica.

Puede ser sin reembolso de primas (si el asegurado fallece antes de empezar a cobrar la renta, el asegurador retiene las primas satisfechas), o con reembolso de primas (en que el asegurador las devuelve a los beneficiarios).

* **De Capitalización.** Es una modalidad de ahorro del Seguro de Vida, por la que el contratante o asegurado se compromete a la satisfacción de un capital al vencimiento del contrato.

La primera y la tercera de las anteriores modalidades dan lugar al Seguro de Jubilación que consiste en el pago de un capital o renta, diferidos en su abono hasta que el asegurado alcance una edad de jubilación predeterminada. Si se tratase de un seguro de capital diferido, existe la opción de transformar éste en una renta vitalicia a partir del momento de la jubilación.

Generalmente se contrata con prima anual creciente, acorde con las posibilidades económicas del asegurado.

En estrecha relación con el seguro de jubilación se encuentran los Planes de Pensiones.

Un Plan de Pensiones es una institución de previsión, voluntaria, por la que las personas que lo constituyen tienen derecho en las condiciones y cuantías preestablecidas, a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudez, orfandad o invalidez, a cambio de las contribuciones económicas que se aporten a tales efectos.

C) Seguro para Caso de Muerte (o Seguro de Riesgo)

En esta clase de Seguro de Vida la suma asegurada, ya se trate de un capital o de una renta, se pagará por la entidad aseguradora al beneficiario, si se produce la muerte del asegurado.

Este tipo de seguro puede contratarse por una duración determinada, transcurrida la cual el seguro queda sin efecto, o por toda la vida. En función de ello y de si la prestación asegurada consiste en un capital o una renta, las principales modalidades de este tipo de seguro son:

- * **De Vida Entera.** En esta modalidad se garantiza el pago de un capital inmediatamente después del fallecimiento del asegurado, sea cual fuere la fecha en que ocurra dicho fallecimiento.
- * **Temporal (o a Término).** Se caracteriza porque el capital es pagadero inmediatamente después de la muerte del asegurado, si ésta ocurre antes de terminar el plazo convenido como duración del seguro. Si el asegurado vive al final de dicho plazo, queda cancelado el seguro y permanecen a favor del asegurador la prima o primas satisfechas.

D) Seguro Mixto

Esta clase del Seguro de Vida está integrada por un seguro de ahorro y un seguro de riesgo, en virtud de la cual, si el asegurado fallece antes del plazo previsto, se entregará a sus beneficiarios la indemnización estipulada, y si sobrevive a dicho plazo se entregará a dicho asegurado el capital establecido por el contrato.

E) Garantías Complementarias

Son coberturas adicionales al Seguro de Vida principal, por las que el asegurador ofrece al asegurado determinadas prestaciones, como las siguientes:

- * **Exención del pago de prima en caso de invalidez**

* Anticipo del capital asegurado que hubiera debido pagarse en el momento del fallecimiento, si sobreviene invalidez del asegurado.

* Pago de una renta de invalidez, desde que se produzca ésta y hasta el término del seguro.

* Pago de un capital complementario normalmente del mismo importe que el capital principal si el asegurado fallece a consecuencia de un accidente.

F) Otros Conceptos Propios del Seguro de Vida: Valores Garantizados.

Constituyen la expresión cualitativa de los derechos que el tomador del seguro tiene sobre la provisión matemática generada por un contrato.

Son los siguientes:

* Rescate. El asegurado percibe de su asegurador el importe que le corresponde (valor de rescate) de la reserva matemática constituida sobre el riesgo que tenía garantizado.

Efectuado el rescate, la póliza rescatada queda automáticamente rescindida.

* Anticipo. Es la cantidad que, con pago de los intereses que correspondan, puede percibir el asegurado a cuenta del capital que en su momento le corresponda, cumplidas las condiciones establecidas en la póliza y siempre que ésta contenga derecho de rescate.

* Reducción. Esta significa que al dejar de pagar el contratante o asegurado las primas estipuladas, la póliza original se transforma en un seguro con prima única representada por las reservas matemáticas que, a favor del asegurado, se habían constituido en el contrato primitivo y con un capital asegurado disminuido, a tenor de las primas pagadas hasta ese momento.

Normalmente, los capitales de reducción al igual que los de rescate y anticipo, vienen recogidos en unas tablas o baremos anexas a las condiciones generales de la póliza.

G) Otras Clasificaciones de los Seguros de Vida

En función de la prestación del asegurador:

- * Seguro de Capital. La prestación asegurada es una suma que la entidad aseguradora abonará en caso de producirse el evento objeto de su cobertura.
- * Seguro de Renta. El asegurador se compromete, al vencimiento del contrato a la entrega al asegurado o a sus beneficiarios de una renta periódica, vitalicia o temporal, según se hubiese estipulado previamente.

En función de la forma de pago de las primas:

- * Seguro de Prima Unica. La prima se paga íntegramente de una vez y por adelantado.
- * Seguro de Prima Temporal. El pago de la prima se efectúa de forma anual o fraccionadamente.

LOS SEGUROS DE ACCIDENTES Y ENFERMEDADES

Tienen por objeto la prestación de indemnizaciones en caso de accidentes que motiven la muerte o incapacidad del asegurado, a consecuencia de actividades previstas en la póliza.

En el Contrato pueden establecerse los siguientes tipos de cobertura:

- * Un capital en caso de fallecimiento accidental del asegurado, que percibirían los herederos legales o los beneficiarios designados en la póliza.
- * Un capital en caso de incapacidad permanente y total, causada por accidente. Cuando se trate de incapacidad permanente parcial, el asegurador sólo pagará un porcentaje del capital asegurado para esta garantía, de acuerdo con la mayor o menor gravedad de la lesión y a tenor de una tabla o baremo que se especifica en las condiciones generales de la póliza.
- * Una pensión diaria en caso de incapacidad temporal durante los días que el asegurado permanezca de baja a causa del accidente.

* Los gastos de asistencia sanitaria que precise el asegurado accidentado para su total curación, con los límites y condiciones que se estipulen en la póliza.

En este Ramo tienen especial relevancia los conceptos de Incapacidad y Grado de Invalidez.

La incapacidad es la imposibilidad de una persona para el desarrollo de sus funciones normales.

Pueden distinguirse diversos tipos, que dan lugar a distintas indemnizaciones. Por su duración, la incapacidad puede ser temporal o permanente; por su importancia y extensión, parcial o total y dentro de esta última, cabe distinguir entre total para el trabajo habitual o para todo tipo de trabajo.

El Grado de Invalidez se refiere a la calidad de la incapacidad permanente producida al asegurado por un accidente incluido en las garantías de la póliza. El distinto grado de incapacidad permanente da lugar a un diverso porcentaje de indemnización, que viene fijado en las condiciones generales del contrato y que se aplica sobre el capital asegurado en el mismo.

RAMO PATRIMONIAL (DAÑOS)

Estos representan la clasificación más numerosa.

Aunque tal clasificación puede abordarse desde diferentes puntos de vista, vamos a exponer la consignada en la Ley mexicana.

A) Ramo de Incendio.

Aquél que garantiza al asegurado la entrega de una indemnización en caso de incendio de los bienes determinados en la póliza o la reparación o reposición de las piezas averiadas.

Segun la legislación mexicana, se considera incendio la combustión y el abrasamiento con llamas, capaz de propagarse, de un objeto u objetos que no estaban destinados a ser quemados en el lugar y momento en que se produce.

En general, la finalidad principal de este seguro, es el resarcimiento de los daños sufridos en los objetos asegurados a causa de un fuego, incluyéndose asimismo , los gastos que ocasione el salvamento de esos bienes o los daños que se produzcan en los mismos al intentar salvarlos.

También puede garantizarse en la misma póliza de incendio una serie de coberturas o seguros complementarios, tales como:

- * La responsabilidad civil en que, a consecuencia del incendio, haya podido incurrir frente a terceros el propietario de los bienes dañados, o pudiera haber incurrido el asegurado, como arrendatario del local incendiado, frente al propietario del mismo.
- * La pérdida de alquileres que pudiera sufrir el propietario del edificio incendiado.
- * La pérdida de beneficios producida a causa de la paralización del trabajo en la empresa o explotación incendiada.
- * Los gastos de descombro del edificio incendiado, así como los causados por la intervención de bomberos para la extinción del fuego.
- * Los daños producidos por la caída del rayo o por explosión, aunque de estos hechos no se derive humo de incendio.

B) Ramo de responsabilidad civil

En este ramo el asegurador se compromete e indemnizar al asegurado del daño que pueda experimentar su patrimonio a consecuencia de la reclamación que le efectúe un tercero, por la responsabilidad en que haya podido incurrir, tanto el propio asegurado como aquellas personas de quien él deba responder civilmente. Sin embargo, conforme a la Ley mexicana el tercero dañado puede exigir directamente a la empresa aseguradora el pago del daño.

En resumen, mediante este seguro se garantiza:

- * El pago de las cantidades de las que el asegurado resulte civilmente responsable.
- * La constitución de las fianzas judiciales que puedan ser exigidas al asegurado.
- * Los gastos judiciales causados por la defensa de la responsabilidad civil del asegurado.

Dentro de este ramo podemos distinguir dos grandes grupos:

*** Responsabilidad Civil derivada del uso de Vehículos:**

- Terrestres automotores
- Aeronaves
- Buques y embarcaciones

*** Responsabilidad Civil General**

En esta última categoría merecen ser destacados:

- El Seguro de Responsabilidad Civil Familiar
- El Seguro de Responsabilidad Civil por la Explotación de Inmuebles y Actividades.
- El Seguro de Responsabilidad Civil Profesional.
- El Seguro Obligatorio del Viajero, con el que las Empresas Porteadoras de Pasajeros Carga deben cubrir su Responsabilidad Objetiva.

C) Ramo de Automóviles

Es aquél que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos.

En general, la legislación de la mayoría de los países distingue al respecto entre el denominado Seguro Obligatorio, destinado normalmente a la cobertura, dentro de los límites legalmente establecidos, de los daños personales o materiales causados a terceras personas, y el Seguro Voluntario que cubre el exceso de los límites del seguro obligatorio, así como otras garantías.

Se trata realmente, de una cobertura combinada, en la que se incluyen riesgos de Daños, Responsabilidad Civil y Defensa Jurídica, con posibilidad de garantizar prestaciones complementarias de Accidentes Personales (Ocupantes) y Asistencia en Viaje.

En México asimismo, y en lo referente al Seguro Voluntario de Automóviles, pueden estipularse las siguientes coberturas:

- * Responsabilidad Civil Suplementaria para garantizar la responsabilidad en que pueda incurrir el propietario o conductor de un vehículo por los daños materiales causados a terceros, e incluso por los daños corporales.
- * Daños, Incendio y/o Robo del propio vehículo.
- * Defensa de la responsabilidad criminal en que pudiera haber incurrido el conductor de un vehículo, con motivo de un hecho de la circulación. Por esta garantía, el asegurador toma a su cargo todos los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione la defensa, con excepción de aquellos q
- * Reclamación, en nombre del asegurado, de los daños sufridos por el mismo o por su vehículo a consecuencia de un accidente de circulación.

D) Ramo Agrícola

Tiene por objeto la cobertura de los riesgos que puedan afectar a las explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales.

Como modalidades principales de seguros agrícolas pueden citarse:

a) Seguro de Ganado

Garantiza al asegurado la entrega de una indemnización en caso de muerte, enfermedad, robo o extravío del ganado previsto en la póliza.

b) Seguro de Incendio de Cosechas

En esta modalidad, el asegurador indemniza por los daños y pérdidas materiales directas ocasionadas por el incendio de las cosechas descritas en la póliza.

Por este seguro se cubren también los daños que pudieran ocasionarse por la extinción del incendio, así como los gastos que se produjeran en el salvamento de las cosechas, o los daños sufridos por éstas al ser salvadas.

c) Seguro de Granizo

Este garantiza la cosecha asegurada contra el riesgo de la caída de granizo.

la indemnización no se basa en el valor de la cosecha en el momento de producirse el siniestro, sino el que habría alcanzado, de no producirse el evento, en el tiempo de su madurez.

E) Ramo de crédito

Seguro de Crédito. Tiene por objeto garantizar a una persona el pago de los créditos que tenga a su favor cuando se produzca la insolvencia de sus clientes deudores por créditos comerciales.

F) Ramo de Transportes

En este ramo la entidad aseguradora se compromete al pago de determinadas indemnizaciones a consecuencia de los daños sobrevenidos durante el transporte de mercancías.

Estos daños pueden afectar al medio de transporte (marítimo, aéreo o ferroviario) (Seguro de casco) o a las propias mercancías transportadas (seguro de mercancías), cualquiera que sea el medio de transporte.

En el seguro de transportes tienen una gran relevancia el seguro marítimo y el seguro de aviación.

a) Seguro Marítimo

Garantiza en general los riesgos de navegación que puedan afectar, tanto al buque transportador como a la carga transportada.

Entre los riesgos de navegación pueden incluirse: la pérdida total del buque, la contribución a la avería común o el abandono debidos a naufragio, abordaje, varada, incendio, temporal, echazón, arribadas forzosas, cambios forzados de derrota, explosiones de calderas, averías o roturas de máquinas, etc.

Sea cual sea el objeto asegurado, puede distinguirse entre:

* **Seguro del Buque.** También denominado seguro de casco, mediante el que se garantiza, además de los riesgos señalados, la responsabilidad frente a tercero, derivada del abordaje, cuando el buque asegurado sea declarado culpable de daños ocasionados a otro buque.

* **Seguro de la Carga.** O de las mercancías transportadas, también llamado Seguro de Facultades.

* **Seguro de Flete.** Es el que garantiza las pérdidas o daños que pueda sufrir el flete o precio, que el fletador pague al naviero o armadores para que determinadas mercancías sean transportadas por un buque.

La suma asegurada no podrá exceder de la que figure en el contrato de fletamento; el armador puede asegurar también los anticipos que reciba sobre el flete en tanto estos anticipos sean reintegrables, puesto que, si se pierde el buque, tendrá que devolverlos. Por el contrario, si no son reintegrables, serán el cargador o fletador quienes deben asegurarlos ya que serían ellos quienes sufrirían el perjuicio de la pérdida del buque o de la mercancía.

* **Seguro del Beneficio Posible.** Entendiendo por tal las ganancias que el dueño de las mercancías espera obtener de las mismas en el puerto de destino.

b) Seguro de Aviación

Tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidente sufridos por aeronaves. Normalmente se cubren por este tipo de seguro los daños personales sufridos por las personas transportadas, la responsabilidad civil derivada de daños causados a terceros con motivo del accidente, los daños producidos en las mercancías transportadas y los originados en el propio avión (casco).

G) Ramo de Diversos

Aquí destacan, por su frecuencia e importancia, los siguientes tipos de seguros:

a) Seguro de Robo

En éste el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado por los daños sufridos a consecuencia de la desaparición, destrucción o deterioro de los objetos asegurados, a causa de robo o tentativa de robo.

Suele incluirse también el riesgo de expoliación, entendiéndose por tal la pérdida o deterioro de los objetos asegurados, ocasionada por la apropiación ilegal de los mismos, efectuada mediante violencia o amenaza.

Característica esencial de este seguro es que el robo, la tentativa de robo, la expoliación, para que sean indemnizables, deben ser llevadas a cabo por personas ajenas al asegurado.

Merece ser destacada dentro de este ramo la modalidad de Seguro de Dinero en Tránsito, por el cual se garantiza los riesgos de robo y expoliación durante el transporte de dinero en metálico, efectuado por cobradores o transportadores de fondos. Este seguro se establece normalmente mediante un sistema de liquidación de capitales, calculando inicialmente una prima provisional, que es posteriormente ajustada después de la declaración de la cantidad exacta que haya sido transportada y cubierta durante el período del seguro vencido.

b) Seguro de Cristales

Este garantiza al asegurado el pago de una indemnización o reposición en caso de rotura accidental de las lunas o cristales descritos en la póliza.

c) Seguro de Ingeniería

También denominado Seguro de Ramos Técnicos, es un grupo de modalidades de cobertura que amparan determinados riesgos derivados del funcionamiento, montaje o prueba de maquinaria o inherentes a la construcción de edificios y obras.

* Seguro de Construcción

Sus principales modalidades son :

Tiene por objeto garantizar los daños que puedan sufrir los bienes integrantes de una obra ejecutada, los materiales y aprovisionamientos en el lugar de la construcción, así como la maquinaria y equipo auxiliar de construcción.

Los riesgos cubiertos por esta modalidad comprenden los daños producidos por los fenómenos de la naturaleza (lluvia, viento, terremoto, etc.), los derivados de fallas o errores en los trabajos de construcción y los riesgos convencionales (incendios, robo, explosiones, etc.).

Opcionalmente, puede ser cubierta la responsabilidad civil por daños a terceros derivados de los trabajos de construcción.

* **Seguro de Maquinaria.** Su denominación correcta es la de Seguro de Avería o Rotura de Maquinaria. Tiene por objeto garantizar los daños que puedan sufrir las máquinas, equipos o plantas industriales descritas en el contrato por hechos de carácter accidental inherentes a su funcionamiento o por manejo (defectos de fabricación, materiales o diseño de cualquier elemento de las mismas, impacto o entrada de cuerpos extraños, sobrecalentamiento por falla de los circuitos de refrigeración, impericia o negligencia en su manejo etc.), Normalmente se excluyen los riesgos de carácter convencional (incendio, robo, etc.), así como los derivados del propio desgaste o uso de los equipos.

* **Seguro de Montaje.** Tiene similares características al de construcción, pero aplicable a instalaciones o plantas industriales en su fase de instalación o montaje.

* **Seguro Electrónico.** Este garantiza los daños que puedan sufrir los equipos de procesamiento de datos descritos en el contrato, e incluso sus instalaciones auxiliares, a consecuencia de cualquier hecho de carácter accidental, excepto los expresamente excluidos.

Generalmente se excluyen los daños derivados de desgaste, montaje o desmontaje, influencia de la temperatura y aquellos que deban ser soportados por el fabricante, de acuerdo con el contrato de mantenimiento que se exige haya sido concertado por el asegurado.

Las coberturas pueden igualmente extenderse a los gastos de reobtención de datos por la pérdida de la información a consecuencia de un daño material en los soportes magnéticos (cintas, discos, etc.) e incluso la pérdida de beneficios o el aumento del costo de explotación, en determinados casos.

Por extensión, este tipo de seguro puede ser aplicado a otra clase de equipos electrónicos (aparatos de medicina, telecomunicación, etc.).

* Seguro de Calderas y Recipientes Sujetos a Presión. Cumple dos finalidades distintas, aunque complementarias: de una parte, garantizar los daños que puedan sufrir tanto las propias calderas o recipientes a presión como consecuencia de su explosión o avería como otros bienes del asegurado que pudieran igualmente verse afectados, e igualmente la responsabilidad civil ante terceros que pudiera derivarse de dichos accidentes; de otra parte, proporcionar las inspecciones periódicas

OTRAS CLASES DE SEGUROS

Con independencia de la clasificación de los seguros según la naturaleza de los riesgos, puede haber otros enfoques que proporcionen diferentes categorías dentro del Seguro.

Así puede distinguirse:

A) Según el número de asegurados

a) Seguro Individual

Existe un solo asegurado

b) Seguro Colectivo (o de Grupo)

Es generalmente, utilizado en el seguro sobre personas (Seguro de Vida o Seguro de Accidentes y Enfermedades) y se caracteriza por cubrir una colectividad homogénea, como pueden ser, por ejemplo, los empleados de una misma empresa.

B) Según la valoración que se dé al interés asegurado

a) Seguro a Valor Estimado

Se emplea, al igual que los siguientes, en el seguro de daños. consiste en asignar al interés asegurado un valor preestablecido de común acuerdo entre asegurador y asegurado, evitándose de esta forma mediante el pago de la sobreprima correspondiente, la aplicación de la regla proporcional.

b) Seguro de Valor Nuevo

En este tipo de seguro se amplían las garantías normales de la póliza, mediante el pago de la consiguiente sobreprima, a la diferencia existente entre el valor real de los bienes asegurados en el momento del siniestro y su valor en estado de nuevo.

c) Seguro de Valor Parcial

Se asegura sólo una cantidad como parte de un valor declarado superior. en caso de siniestro las pérdidas se indemnizan por su valor, con máximo de la suma asegurada, siempre que el valor de los bienes cubiertos no exceda de dicho valor declarado. De no ser así, el asegurado debe participar en los daños habidos, en la proporción que le corresponda.

d) Seguro a Valor Total

En esta modalidad el capital asegurado en póliza coincide con el valor total del objeto garantizado.

C) Según el Grado de Libertad que Exista en su Contratación por Parte del Tomador

a) Seguro Obligatorio

Es aquél cuya contratación viene impuesta a los particulares por el Estado, que normalmente regula, además, la cuantía y límites de las prestaciones y de las primas, e incluso, a veces asume todo o parte del riesgo.

b) Seguro Voluntario

La concertación del mismo es libremente decidida por el tomador, sin que exista norma que imponga la necesaria existencia de dicho seguro.

D) Según la Importancia de los Riesgos Cubiertos por la Póliza.

a) Seguro Principal

Es aquél que incluye la cobertura del riesgo de mayor relevancia en un contrato de seguro, riesgo que a su vez, es típico y característico de dicho contrato (ejemplo, Riesgo de Muerte en Póliza de Vida, Riesgo de Incendio en la de Incendio, etc.).

b) Seguro Complementario

Este se incorpora a otro, con objeto de prestar a la persona asegurada en ambos una nueva garantía o ampliar la cobertura preexistente. Por ejemplo, el riesgo de pérdida de utilidades puede garantizarse mediante un seguro complementario al de Incendio.

E) Según que incluya la Cobertura de un Solo Riesgo o de Varios con Distinta Naturaleza

a) Seguro Simple

En este tipo de seguro el contrato garantiza la cobertura de un riesgo de características concretas. (Ejemplos: Incendio; Vida; Responsabilidad Civil, etc.)

b) Seguro Combinado.

Es aquel en que, en una sola póliza, se garantiza respecto a la misma persona determinados riesgos de diversa naturaleza, referentes al mismo objeto. Se habla así de Seguro Combinado de Incendio, Robo, Combinado de Automóviles (Daño, Robo e Incendio) etc.

Una modalidad del seguro combinado es el conocido como Seguro a Todo Riesgo, expresión mediante la cual se quiere significar que en determinado contrato de seguro se han incluido todas las garantías normalmente aplicables a determinado riesgo.

F) Según la Calidad Personal en que se Contrata

a) Seguro por Cuenta Propia

Se concierta por una persona en su propio nombre y a su favor.

b) Seguro por Cuenta Ajena

Este se suscribe por una persona en nombre y a favor de otra.

INEXISTENCIA NULIDAD Y RESCISION EN EL CONTRATO DE SEGURO

1. INEXISTENCIA

Seguendo las reglas de nuestro Código Civil vigente, si existe un acuerdo de voluntades entre la empresa aseguradora, el contratante o el asegurado y además existe el objeto, el contrato de seguro existe plenamente.

La Ley Cobre el Contrato de Seguro en sus artículos 45 y 48, nos menciona lo siguiente.

Artículo 45.- "El contrato de seguro será nulo si en el momento de su celebración el riesgo hubiere desaparecido o el siniestro se hubiere ya realizado. Sin embargo, los efectos del contrato podrán hacerse retroactivos por convenio expreso de las partes contratantes. En caso de retroactividad, la empresa aseguradora que conozca la inexistencia del riesgo, no tendrá derecho a las primas ni al reembolso de los gastos; el contratante que conozca esa circunstancia perderá el derecho a la restitución de las primas y estará obligado al pago de los gastos".

Artículo 88.- "El contrato será nulo si en el momento de su celebración la cosa asegurada ha perecido o no puede seguir ya expuesta a los riesgos".

Interpretados los anteriores artículos a la luz de la inexistencia de los contratos en general, podríamos decir que si el riesgo ha desaparecido o la cosa asegurada ha perecido al momento de la celebración del contrato de seguro, este es inexistente ya que el objeto, o sea la garantía por la cual queda cubierto el riesgo, no tendrá razón de ser.

2. NULIDAD Y RESCISIÓN

La Ley Sobre el Contrato del Seguro no establece un sistema uniforme respecto a la nulidad y rescisión y aborda de manera casuística la disolución del vínculo contractual, incluyendo una figura distinta como es la CESACIÓN DE EFECTOS, al incumplimiento de obligaciones por parte del asegurado.

Por lo anterior, abordaremos el presente tema, haciendo referencia a las causas que provocan la nulidad, rescisión o la cesación de efectos, comparando dichas figuras con las normas del derecho común.

A) DESAPARICIÓN DEL RIESGO

Una de las causas que originan la rescisión del Contrato de Seguro de pleno derecho y que se contempla en el artículo 46 de la Ley de la Materia es cuando "el riesgo deja de existir después de la celebración del contrato".

Previo al análisis de dicha disposición habría que definir en primer término lo que se entiende por riesgo y podríamos definirlo como la posibilidad de realización de un acontecimiento futuro incierto y dañoso.

Otro punto a aclarar es el saber que tipo de elemento es el riesgo del Contrato del Seguro, ya que "hay doctrinas jurídicas que lo consideran objeto del Contrato, tesis que nunca puede ser compartida en México, dado que según nuestro Código Civil para el Distrito Federal, supletorio en materia mercantil, son objeto de los contratos I.- La cosa que el obligado debe dar y II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

El tratadista Luis Ruiz Rueda en su obra "EL CONTRATO DEL SEGURO" manifiesta: "... tanto el artículo 1º cuanto de los artículos 45 y 46 de la Ley sobre el Contrato del Seguro, se desprende evidentemente que el riesgo es uno de los elementos esenciales específicos del Contrato..." Aún cuando compartimos su punto de vista y el riesgo en sentido estricto no es el objeto del Contrato de Seguro, podríamos decir que su desaparición en forma indirecta provoca la rescisión del Contrato de Seguro, ya que si desaparece la posibilidad material de actualización del riesgo, no tendría sentido el acuerdo de voluntades de las partes y de esta manera procedería la rescisión del contrato.

B) OMISIÓN O INEXACTA DECLARACIÓN DE LOS HECHOS NECESARIOS PARA VALORAR EL RIESGO.

De acuerdo con lo que establece el artículo 8º, 9º y 10º de la Ley sobre el Contrato de Seguro, el asegurado, su representante o el proponente, cuando el seguro se contrate por cuenta de otro,

están obligados a declarar por escrito a la empresa aseguradora y de acuerdo con el cuestionario relativo todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo, que puedan influir en las condiciones convenidas tales como los conozcan o deban conocer en el momento de la celebración del contrato.

De lo anterior se desprende que la descripción del riesgo por parte del contratante del seguro es sumamente importante para que la empresa aseguradora este en posibilidades de evaluar cual es la naturaleza, gravedad e intensidad del riesgo que tendrá que cubrir.

La doctrina en general concuerda en que es una obligación que corre a cargo del proponente del seguro el tener que informar a la empresa de seguros cuales son los elementos que van a integrar ese riesgo, puesto que nadie mejor que el va a conocer los extremos del mismo, pues abarca una serie de datos e información de índole totalmente particular e individual que, sin esa aportación de su parte, sería sumamente difícil que el asegurador llegara a tener un conocimiento adecuado del riesgo para saber si lo acepta o no, o bien, bajo que condiciones lo acepta y en consecuencia, poder fijar una prima acorde a las circunstancias.

Para la descripción del riesgo por parte del proponente del seguro existen dos sistemas:

Sistema de Declaración Espontánea.- Adoptado por la Legislación Francesa y que consiste, como su nombre lo indica en darle la completa libertad al proponente para que aporte desde su particular punto de vista los datos que considera importantes para que la Compañía de Seguros este en posibilidades de evaluar dicho riesgo.

Sistema del Cuestionario.- Adoptado por la Legislación Suiza y nuestra legislación, como lo podemos observar en el artículo 8º de la Ley sobre el Contrato del Seguro y que consiste en proporcionarle al proponente del seguro un cuestionario que restringe su declaración a ciertos hechos, considerados por la compañía aseguradora como importantes para la valoración del riesgo.

El artículo 47 de la Ley ya mencionada, establece una sanción para el caso de que el proponente del seguro incurra en omisiones o inexactas declaraciones sobre los hechos importantes para la apreciación del riesgo y de esta forma la empresa aseguradora esta facultada para considerar rescindido de pleno derecho el contrato cuando sucedan las circunstancias anteriores e inclusive aún cuando no hayan influido en la realización del siniestro. Por otra parte la empresa aseguradora pierde este derecho cuando no comunica en "forma auténtica al asegurado la

rescisión del contrato, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que el mismo asegurador conozca la omisión o inexacta declaración" (art. 48 L.C.S.). Asimismo el artículo 50 de la misma Ley menciona cinco casos en los cuales la empresa aseguradora no podrá rescindir el contrato del seguro.

Es interesante el tipo de rescisión de pleno derecho que nos ocupa ya que no requiere ser declarada por autoridad judicial para que surta plenamente sus efectos ya que existe disposición expresa que la contempla; sin embargo, analizada dicha rescisión a la luz de las normas del derecho común, podríamos decir que no se trata propiamente de una rescisión, sino de una nulidad relativa, en virtud de que existen vicios de la voluntad que impidieron en su momento que la compañía aseguradora tuviera pleno conocimiento del riesgo sobre el cual estaba contratando y por tal motivo, dicho contrato se encontraría viciado de origen lo que traería como consecuencia, no la rescisión sino la nulidad relativa de dicho contrato.

C) AGRAVACIÓN DEL RIESGO.

El artículo 52 de la Ley Sobre Contrato de Seguro, establece como obligación del asegurado el "comunicar a la empresa aseguradora las agravaciones esenciales que tenga al riesgo durante el curso del seguro dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en que las conozca". La sanción para el caso de que el asegurado omitiera el aviso o si el provoca una agravación esencial del riesgo es de que cesarán de pleno derecho las obligaciones de la empresa.

Debe entenderse por "agravación esencial del riesgo cuando se refiera a un hecho importante para la apreciación del riesgo, de tal suerte que la empresa habría contratado en condiciones diversas si al celebrar el contrato hubiere conocido una agravación análoga". (53 fracc. I).

Se presume "que el asegurado conoce o debe conocer toda agravación, que emane de actos u omisiones de sus inquilinos, cónyuge, descendientes o cualquier otra persona que, con el consentimiento del asegurado, habite el edificio o tenga en su poder el mueble que fuere materia del seguro" (art. 53 fracc. II).

La sanción que establece el artículo 52 de la Ley de la Materia al mencionar que "cesarán de pleno derecho las obligaciones de la empresa en lo sucesivo", no es más que una rescisión también de

pleno derecho similar a la que establece el artículo 47 de la misma Ley y que se confirma con lo que establece el artículo 56 (L.C.S.) que a la letra dice:

"Cumulo la empresa aseguradora RESCINDA el contrato por causa de agravación esencial del riesgo, su responsabilidad terminará quince días después de la fecha en que comunique su resolución al asegurado".

La clase de rescisión planteada por los artículos anteriormente mencionados coincide con las normas de derecho común, con la diferencia de que en el caso que nos ocupa existe disposición expresa que establece la rescisión de pleno derecho.

D) CAMBIO DE PROPIETARIO

El artículo 107 de la Ley sobre el Contrato de Seguro le da el derecho a la empresa aseguradora de rescindir el contrato dentro de los quince días siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de cambio de dueño del objeto asegurado. En el presente caso la empresa aseguradora sigue obligada con el nuevo adquirente quince días después de notificar la rescisión y reembolsará la parte proporcional de la prima por el tiempo no transcurrido.

E) FALTA DE PAGO DE LA PRIMA

El artículo 40 de la Ley sobre el Contrato de Seguro nos vuelve a plantear la figura de la cesación automática de los efectos del contrato al establecer que si no ha sido pagada la prima o la fracción de ella en los casos de pago en parcialidades, los efectos del contrato cesarán automáticamente a las doce horas del último día de este plazo".

En el presente artículo y tomando en cuenta que el contrato fuera plenamente existente y válido lo que procedería sería la rescisión por incumplimiento de una de las partes al no pagar la prima correspondiente dentro del término que señala la Ley.

F) PACTO COMISORIO EXPRESO (SEGURO DE GRUPO Y COLECTIVO)

La Ley Sobre el Contrato de Seguro en su artículo 192 faculta las partes a pactar la suspensión de los efectos del seguro o la rescisión de pleno derecho para el caso de que no se paguen oportunamente las primas, lo anterior por lo que se refiere a los seguros de grupo y colectivo.

El presente caso es el único en toda la Ley Sobre el Contrato de Seguro que autoriza a las partes a pactar la rescisión de pleno derecho, ya que en los casos anteriormente mencionados la rescisión de pleno derecho opera en forma unilateral y sin que tenga que ser declarada por autoridad judicial, siempre y cuando el asegurado no se inconforme de dicha decisión ante los tribunales competentes, porque de ser así se tendría que acreditar fehacientemente los requisitos de procedencia de dicha rescisión, así como el término que contempla omisiones e inexactas declaraciones por parte del asegurado.

V. EL FIDEICOMISO EN EL CONTRATO DE SEGURO

ADMINISTRACIÓN DE OPERACIONES

REGLAS para la administración de las operaciones a que se refieren las fracciones III y IV del artículo 34 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros⁸⁶.

(Publicadas en "Diario Oficial" de 28 de diciembre de 1992).

Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, en sus artículo 8º, fracción I, 34, fracciones III y IV, así como 35, fracciones IV y XVII, establece que las instituciones de seguros autorizadas por esta Secretaría para realizar operaciones de vida podrán efectuar operaciones de administración de las sumas que por concepto de dividendos o indemnizaciones les confien los asegurados o sus beneficiarios; de las reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social y de primas de antigüedad, así como de las correspondientes a los contratos de seguro que tengan como base planes de pensiones relacionados con la edad, jubilación o retiro de personas, señalando que las mismas se ajustarán a las disposiciones de carácter administrativo que esta Secretaría establezca.

Tales operaciones aunque estrechamente ligadas con la operación del seguro, no constituyen actividades de esta naturaleza sino que representan la posibilidad para las instituciones de seguros de administrar sumas de dinero o valores directamente relacionados con objetivos de previsión específicos, cuyos alcances son parecidos a los del seguro y que en muchos casos, mantienen una estrecha relación con la actividad aseguradora.

Así por ejemplo, el primer supuesto que prevé la fracción IV del señalado artículo 34, permite que las instituciones administren las reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social y de primas de antigüedad, que los patrones deban otorgar a sus trabajadores.

⁸⁶Diario Oficial de la Federación. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 28 de diciembre de 1992.

Como resulta evidente, no se trata de reservas técnicas derivadas de contratos de seguro, sino de recursos financieros que se reservan por los patrones para otorgar a sus trabajadores los beneficios de una pensión o jubilación adicional a las que les corresponde de acuerdo a lo que establece la Ley del Seguro Social o para cubrir el pago de primas de antigüedad de sus trabajadores, a que están obligados en términos de la Ley Federal del Trabajo.

La administración de tales reservas por parte de las instituciones de seguros, pretende constituir un elemento de apoyo y complemento al sistema de seguridad social y, al mismo tiempo, contribuir a la generación de recursos financieros, principalmente de largo plazo, que puedan canalizarse hacia actividades productivas que impulsen el desarrollo económico.

El segundo supuesto que prevé la fracción IV del indicado artículo 34 es el relativo a la administración de las reservas correspondientes a los contratos de seguro que tengan como base planes de pensiones relacionados con la edad, jubilación o retiro de personas. Los recursos de estas operaciones se reservan por los contratantes de seguros para apoyar planes de pensiones relacionados con la edad, jubilación o retiro de personas en que, adicionalmente a la suma asegurada que se otorgue a los beneficiarios, se va integrando un fondo cuyo manejo financiero es el complemento fundamental de un plan integral de seguro y ahorro.

Por último, en la fracción III del repetido artículo 34, se faculta a las instituciones de seguros para administrar las sumas que por concepto de dividendos o indemnizaciones les confien los asegurados o sus beneficiarios.

Los objetivos de la administración de tales sumas pueden ser muy variados, pues abarcan, entre otros, desde su manejo financiero por la institución a fin de mantener un contrato de seguro bajo fórmulas técnicas o bien cubrir primas de seguros de vida y de supervivencia así como las de integrar un fondo de inversión. A su vez, dichas sumas pueden provenir, por la estructura financiera de los planes integral de protección y ahorro, lo mismo de dividendos pagados por seguros en curso, que por las indemnizaciones en seguros de supervivencia de corto plazo que dentro de esos esquemas se contraten.

El sustrato común de esas tres operaciones, que aunque no son de seguros están íntimamente relacionadas a los fines de previsión del seguro, es que implican el mandato de una persona para que la institución de seguros le administre los recursos.

En tal virtud, en las presentes reglas se establece la obligación de hacer evidente la naturaleza jurídica y técnica de tales operaciones, reconociendo que se trata de mandatos de administración, motivo por el cual se establece que así deberán indicarlo las instituciones, explicitando que no se trata de contratos de seguro.

Lo anterior, deberán manifestarlo tanto en la publicidad en la que ofrezcan esos servicios, como en los instrumentos jurídicos en que los formalicen.

De igual manera, se deben explicar las obligaciones que las instituciones de seguros contraen en razón de esas operaciones y las que no pueden asumir, así como su relación con algunos tipos de seguros.

En el caso de la administración de las reservas para fondos de pensiones, jubilaciones o primas de antigüedad, se señala que deberán derivar exclusivamente de relaciones laborales en que se haya establecido la relación patronal de otorgar pensiones, jubilaciones o el pago de primas de antigüedad, para sus trabajadores o empleados, debiendo conocerse los términos y condiciones en que esas obligaciones hayan sido planteadas.

Asimismo, deberá consignarse la forma y términos en que el mandante suministrará los recursos que se afectarán y la manera en que podrá disponerse de los mismos, señalándose que las instituciones podrán ofrecer también, seguros que cubran anualidades ciertas, contingentes o combinadas.

La afectación de tales recursos a través de los mandatos de administración señalados, podrán ser de carácter irrevocable, si así lo decide el contratante.

En cuanto a la inversión de los recursos afectos a las operaciones materia de estas reglas, el principio general es que deberán invertirse en los mismos términos que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público señale para la inversión de las reservas técnicas de las instituciones de seguros pero, a solicitud del contratante, se podrá destinar hasta el 40% de los recursos a la construcción o crédito para vivienda de los trabajadores de la empresa así como para su mejora o reparación, siempre con garantía hipotecaria.

Se aclara que en este supuesto, las instituciones de seguros no deberán asumir responsabilidad alguna respecto a la construcción, adquisición o administración de los inmuebles, ni serán responsables de la cobranza de la cartera que en su caso derive de tales operaciones.

Por la naturaleza de esas operaciones de mandato, es evidente que se debe reconocer de manera expresa que los recursos así manejados no forman parte del patrimonio de las instituciones ni deben ser considerados como integrantes de las reservas técnicas de las aseguradoras. En tal virtud no pueden responder con ellos de otras obligaciones que contraigan ni serán considerados para efectos de la determinación del capital mínimo de garantía.

En congruencia con lo anterior, las reglas indican que las instituciones deberán registrar tales operaciones en contabilidades especiales para cada contrato, manejándolas en cuentas de orden en las que se deje constancia del dinero, valores, bienes y derechos que les confíen, así como aquéllos en que inviertan los recursos del fondo y los incrementos o disminuciones que se presenten, advirtiéndose en forma variable que deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de seguros, con los de las contabilidades especiales.

De la misma manera, por la propia naturaleza de esas operaciones, en las reglas se hace énfasis en que las instituciones de seguros no podrán garantizar rendimientos en los recursos que administren, estableciéndose que así lo deberán expresar en los contratos.

Por otra parte, en protección de los intereses de los usuarios de este servicio de las aseguradoras, las reglas confirman las obligaciones que de acuerdo a la legislación común tienen los mandatarios, señalando que las aseguradoras responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por el inadecuado cumplimiento de los mandatos.

Con la misma intención, las instituciones deberán rendir informes pormenorizados a los interesados de la situación y movimientos que afecten los recursos que administren con una periodicidad no inferior a tres meses.

Por último, se plantea que la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas podrá conocer tanto en instancia conciliatoria como arbitral, de las reclamaciones en contra de seguros por estas operaciones de mandato, cuando el reclamante opte por ello, en vez de recurrir directamente a la instancia judicial que corresponda. Es de aclararse que en este caso, el presentar primero la reclamación ante dicha comisión, no es requisito de procedibilidad para ejercer acciones ante los juzgados competentes.

En tal virtud, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 2º, 8º, fracción I, 34, fracciones III y IV así como 35, fracciones IV y XVII de la Ley General de Instituciones y Sociedades

Mutualistas de Seguros y considerando la opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, esta Secretaría con apoyo en lo dispuesto por el artículo 6º, fracción XXXIV, de su Reglamento Interior, tiene a bien expedir las siguientes:

REGLAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LAS OPERACIONES A QUE SE REFIEREN LAS FRACCIONES III Y IV DEL ARTICULO 34 DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS.

CAPITULO I

Disposiciones Generales

PRIMERA.- Las instituciones de seguros facultadas para realizar seguros de vida, al efectuar operaciones de administración de las sumas que por concepto de dividendos o indemnizaciones les confien los asegurados o sus beneficiarios; de las reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal complementarias a las que establece la Ley de Seguro Social y de primas de antigüedad; así como de las correspondientes a los contratos de seguro que tengan como base planes de pensiones relacionados con la edad, jubilación o retiro de personas, a que se refieren las fracciones III y IV del artículo 34 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, deberán ajustarse, además de lo establecido en las disposiciones legales aplicables a lo previsto en las presentes reglas.

SEGUNDA.- En la publicidad y oferta que sobre las operaciones a que se refieren estas reglas, realicen tanto las instituciones de seguros, como los agentes de seguros que, en su caso, intermedien en las mismas, deberán manifestar expresamente que no se trata de un seguro, explicando ampliamente su naturaleza y alcances; las obligaciones que contrae y las que no puede asumir la institución y, en su caso, la vinculación que puedan tener con algún o algunos tipos de contratos de seguro.

TERCERA.- Los recursos recibidos por las instituciones de seguros con base en los contratos de mandato a que se refieren estas reglas, no formarán parte del patrimonio ni en las reservas técnicas que de acuerdo a las disposiciones legales deben constituir en función de las operaciones de seguros que realicen.

Tampoco podrán considerarse para efecto alguno como parte de los cálculos relativos al capital mínimo de garantía de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, deben mantener las instituciones.

CUARTA.- Las instituciones de seguros deberán entregar a los titulares de los contratos de administración de reservas un informe pormenorizado de la situación que guardan éstas, incluyendo incrementos, decrementos, montos y tasas de los rendimientos generados y los demás elementos que se pacten expresamente en los contratos, con una periodicidad no inferior a tres meses.

QUINTA.- Las instituciones de seguros deberán presentar a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas los contratos de administración a que se refieren estas reglas, para efectos de registro, en los términos del artículo 36 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

CAPITULO II

De la Administración de Reservas para Fondos de Pensiones o Jubilaciones del Personal

SEXTA.- En la práctica de las operaciones de administración de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social y de primas de antigüedad, las instituciones de seguros deberán ajustarse a lo siguiente:

I.- El importe de las reservas deberá derivar exclusivamente de relaciones laborales, en que se haya estipulado como obligación patronal, el otorgamiento de pensiones, o jubilaciones y de primas de antigüedad a sus trabajadores o empleados.

II.- Las operaciones de referencia se harán constar en contratos específicos, que deberán reunir los siguientes requisitos:

I.- Señalar que los interesados otorgan a la institución de seguros un mandato de administración de las reservas para fondos de pensiones o jubilaciones de personal complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social y de primas de antigüedad y que no se trata de contratos de seguro;

2.- Indicar el tipo de obligaciones de las que derivan los fondos y las reservas, así como los términos y condiciones en que hayan sido establecidas;

3.- Expresar la forma y términos en que el mandante suministrará los recursos afectos a las reservas cuya administración se encomienda a la institución de seguros;

4.- Estipular si el mandante afecta los recursos de las reservas de manera revocable o irrevocable; y

5.- Manifestar que la institución de seguros no podrá garantizar en forma alguna, rendimientos predeterminados de la inversión de los recursos afectos a las reservas;

III.- Las instituciones de seguros podrán vender a los fondos anualidades ciertas, contingentes y combinadas, a precios preestablecidos en las fechas y plazos que se hayan convenido.

El contratante de dichas anualidades podrá rescindir o dar por terminado el contrato correspondiente, sólo por lo que hace a las anualidades que no estén en curso de pago aún cuando el contrato relativo a la administración de pensiones o jubilaciones sea de carácter irrevocable, pero deberá dar aviso previo a los beneficiarios del contrato que se rescinde o se da por terminado;

IV.- Los recursos que reciba una institución de seguros por concepto de la administración de las reservas a que se refiere esta regla, deberán invertirse en los mismos términos en que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público haya señalado como renglones de inversión de las reservas técnicas de las instituciones de seguros pero, a solicitud del contratante, se podrá invertir hasta el 40% de los recursos de las reservas, en la construcción de viviendas de interés social destinadas a su venta con garantía hipotecaria, a los propios beneficiarios de los fondos o en el otorgamiento de créditos a dichos beneficiarios también con garantía hipotecaria, para la adquisición, mejora, reparación o construcción de vivienda, en los términos que se manifiesten en el contrato de administración de las reservas para dichos fondos.

En tales supuestos, la institución de seguros limitará su actuación a la administración de fondos derivados de las reservas que administre, a quien expresamente y por escrito señale el mandante o la persona autorizada por él, absteniéndose de asumir responsabilidad alguna respecto a la construcción, adquisición o administración de los inmuebles de que se trate. La institución tampoco será responsable de la cobranza de la cartera derivada de tales operaciones, pero deberá

recibir con abono a la reserva de que se trate, el producto de los pagos que los beneficiarios de los créditos realicen , sin embargo, si así se establece en el contrato los costos que, en su caso, represente la recuperación de la cartera, podrán ser con cargo a la propia reserva; y

V.- Para efectos de promoción y oferta, las instituciones de seguros podrán presentar al presunto mandante o asegurado, estudios sobre la posibilidad de rendimientos de los recursos afectos a las reservas, debiendo precisarse en los mismos que se trata de simulaciones basadas en expectativas de tasas de interés, tipos de cambio y de niveles de precios así como de otras variables financieras relevantes que expresamente se indique en el documento en que el estudio o propuesta sean presentados.

CAPITULO III

De la Administración de las Reservas de Contratos de Seguros que Tengan Como Base Planes de Pensiones y de las sumas por Concepto de Dividendos o Indemnizaciones

SÉPTIMA.- Tratándose de la administración de las reservas correspondientes a los contratos de seguro que tengan como base planes de pensiones relacionados con la edad, jubilación o retiro de personas, así como de las sumas que por concepto de dividendos o indemnizaciones les confien los asegurados o sus beneficiarios, se deberá observar lo siguiente:

1.- Las operaciones de referencia deberán hacerse constar en contratos específicos, en los que el contratante otorgue mandato a la institución de seguros para que administre los recursos que se afecten a tales mandatos y que deberán reunir los siguientes requisitos:

1.- Podrán ser contratos formalmente independientes de los de seguros o hacerse constar en cláusulas especiales de un contrato de seguro pero, en todo caso, deberán estar directamente referidos a un contrato de seguro determinado, en que el contratante y el asegurado sean los mismos que en el mandato, o del cual el mandante haya sido beneficiario;

2.- Podrán establecer un mecanismo de relación entre los recursos que se afecten a los planes de que se trata más sus rendimientos, por una parte, y el pago de primas de contrato de seguro al cual esté referido, por la otra;

3.- Deberán especificar los términos y condiciones de disposición de los recursos afectos a dichos planes o a la reserva por parte de la institución aseguradora, el contratante, asegurado o el beneficiario;

4.- Podrán adoptar el carácter de irrevocables por parte del mandante los contratos de mandato de administración de reservas y planes, en cuyo caso, sólo el beneficiario podrá disponer de la reserva, en el supuesto de que en el propio contrato se haya estipulado así;

5.- Las instituciones de seguros no podrán condicionar la vigencia de un contrato de seguro al mantenimiento del plan de pensiones o jubilaciones relacionado con él y cuya administración les haya sido confiada;

6.- Tanto en el contrato de administración de reservas a que se refiere esta regla, como en el contrato de seguro con el cual esté vinculado, deberá indicarse expresamente el monto de la prima que corresponde al seguro y, en su caso, el de la aportación al plan de pensiones, señalando en ambos casos el importe neto de la aportación que se efectuará a este último;

7.- En los contratos a que se refiere esta regla, las instituciones de seguros no podrán garantizar de ninguna forma, el rendimiento de los productos derivados de las reservas, debiendo manifestarlo así en cláusula expresa del propio contrato; y

8.- A los contratos a que se refiere esta regla, le será aplicable lo dispuesto en las fracciones IV y V de la sexta de estas reglas; y

II.- En el caso de contratos de seguro que tengan como base planes de pensiones relacionados con la edad, jubilación o retiro de personas, el contratante y el asegurado así como el beneficiario si fuese persona distinta, deberán manifestar expresamente su voluntad de hacer aportaciones a una reserva, en exceso o adición al pago de la prima de seguro que corresponda, o enterar una suma de dinero derivada de un contrato de seguro ya sea por concepto de indemnización o dividendo.

Dichos seguros podrán ser individuales, colectivos o de grupo.

CAPITULO IV

Disposiciones Finales

OCTAVA.- En todas y cada una de las operaciones de administración a que se refieren estas reglas, las instituciones de seguros deberán llevar registros especiales para cada contrato, debiendo asentar en los mismos y en su propia contabilidad, los recursos y demás bienes, valores o derechos que les hayan sido confiados, así como los incrementos o disposiciones por concepto de productos, pagos o gastos específicos que realicen. Invariablemente deberán conciliar los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de seguros con los registros especiales.

NOVENA.- Las instituciones de seguros responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones o términos establecidos en los contratos de mandato correspondientes a que se refieren las presentes reglas.

DÉCIMA.- A solicitud del contratante que haya entregado recursos para su administración, de acuerdo a las presentes reglas, los mismos podrán ser transferidos a otras instituciones de seguros o instituciones fiduciarias.

En el caso de que el contrato de mandato hubiere sido celebrado en forma irrevocable, esta transferencia podrán hacerla también, además de las instituciones señaladas, una casa de bolsa. En estos casos la transferencia será directa de institución a institución.

CAPITULO V

De la Protección de los Intereses del Público

DÉCIMA PRIMERA.- En los supuestos de intervención administrativa por parte de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o de Quiebra, Suspensión de Pagos, Disolución o Liquidación, de las instituciones de seguros que realicen las operaciones a que se refieren estas reglas, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en protección a los titulares de los contratos respectivos y previa opinión de esa comisión podrá ordenar, en forma preventiva, el traspaso de los recursos correspondientes a otras instituciones de seguros, instituciones fiduciarias o casas de bolsa. Si se trata de contratos de mandato irrevocables, el contratante y el beneficiario podrán solicitar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que ordene el traspaso de los recursos correspondientes

a la institución que en forma conjunta decidan. Si no hubiere acuerdo, la propia Secretaría designará a la institución encargada de captar y administrar dichos recursos.

En el caso de contratos revocables, el mandante podrá optar en cualquier momento por el traspaso a la institución de seguros, fiduciaria o casa de bolsa que decida, con la previa anuencia de los beneficiarios.

DÉCIMA SEGUNDA.- En el caso de reclamación en contra de una institución de seguros derivada de un contrato de mandato de administración de recursos a que se refieren estas reglas, el reclamante podrá optar por recurrir directamente a la instancia judicial competente o a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

En este último supuesto, procederán las instancias de conciliación y en su caso, de arbitraje, en los términos establecidos en el capítulo segundo del título quinto de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, con excepción de lo establecido en el inciso c) de la fracción I del artículo 135 de esa misma ley.

TRANSITORIAS

PRIMERA.- Las presentes reglas entrarán en vigor a partir de los treinta días naturales siguientes a su publicación en el "Diario Oficial" de la Federación.

SEGUNDA.- Los contratos que hubieren celebrado las instituciones de seguros vinculados a las operaciones contenidas en las fracciones III y IV del artículo 34 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, motivo de estas reglas, deberán ajustarse a lo dispuesto en las mismas, dentro de un plazo no mayor a doscientos setenta días, contados a partir de la fecha de la entrada en vigor de las citadas reglas.

Las presentes reglas se expiden en México, Distrito Federal, a los once días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Atentamente.- Sufragio efectivo. No Reelección.- En ausencia del C. Secretario de conformidad con el artículo 124 del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.- El Subsecretario de Hacienda y Crédito Público, Guillermo Ortiz.- (Rúbrica).

EL FIDEICOMISO OPERADO POR COMPAÑÍAS DE SEGUROS⁸⁷

Por primera vez en la historia del fideicomiso en México se permite que instituciones distintas a los bancos puedan participar con el carácter de fiduciarias en la constitución y administración de negocios de esta naturaleza, aunque solamente en aquellos casos en que se afecten recursos o en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, con lo cual queda superada una etapa en la historia de esta figura jurídica en nuestro país.

Existían solamente y como excepción dos entidades distintas a las instituciones de crédito que podían actuar como fiduciarias y que eran el Patronato del Ahorro Nacional y la Comisión de Fomento Mínero según les autorizaban sus respectivas leyes reglamentarias.

Seguramente los motivos del legislador para permitir que legalmente otras instituciones como son las compañías de seguros puedan actuar con el carácter de fiduciarias en negocios propios de sus respectivas actividades se debe a la evolución del sistema bancario y financiero nacional, el cual en los últimos años se ha visto ampliado de una manera importante al permitirse que valores emitidos por empresas mexicanas se coticen y negocien en mercados internacionales, que compañías de seguros mexicanas se asocien con similares extranjeras y que los instituciones de crédito cuenten entre sus accionistas a entidades del exterior.

La tradición que desde principios de este siglo se estableció en el sentido de que sólo las instituciones de crédito podían ser fiduciarias se enfrenta ahora a reformas legislativas tan importantes que a partir de su entrada en vigor harán que el mercado fiduciario mexicano se desarrolle todavía más en beneficio tanto de los usuarios de estos servicios como de las instituciones encargadas de prestarlos.

REFORMAS

En el Diario Oficial del miércoles 14 de julio de 1993 se publicaron diversas reformas y adiciones a la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros entre las cuales la que interesa al tema que se trata es la relativa a la autorización que se da en la fracción IV del art. 34, para que las instituciones aseguradoras puedan actuar como fiduciarias... "en el caso de fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por

⁸⁷Artículo elaborado por el Dr. Carlos Casillas Velez, para el Cuaderno de Trabajo de la Convención AFASA IMPULSA, Zacatecas, Zacatecas, 1993.

los contratos de seguro que se celebren...". En la fracción XVI bis del art. 35 se señalan las bases y requisitos a los cuales se sujetarán las operaciones de fideicomiso en las que intervengan con el carácter de fiduciarias las instituciones de seguros.

Relevancia importante en las reformas a estos dos artículos se deriva de la posibilidad de que podrán intervenir con el carácter mencionado en los fideicomisos cuya materia las constituyan las primas de antigüedad, los fondos individuales de pensiones, las rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas, así como las reservas para los fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establecen las leyes sobre seguridad social y primas de antigüedad. Los montos que dichos fideicomisos tienen a esta fecha y pueden alcanzar en el futuro, serán de tal importancia que no sería raro que instituciones de crédito y organizaciones auxiliares del crédito puedan llegar a tener fundamento financiero en este tipo de fondos.

ANTECEDENTES DE LAS REFORMAS A ESTA LEY.

Para tener una visión adecuada del tema, debemos recordar que el art. 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su primer párrafo: "Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito".

Con base en esta disposición ha evolucionado la historia del fideicomiso mexicano, ya que su desarrollo, su aceptación por parte del público y la práctica están estrechamente ligados a las instituciones de crédito. Aún antes de su implantación en nuestro sistema jurídico, partiendo del proyecto Limantour del año 1905 hasta el artículo arriba mencionado, pasando por el proyecto del Lic. Crell de 1924, la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del mismo año, el proyecto Vera Estañol de 1926 entre otros, nos dan muestra de que ha venido subsistiendo el principio de que solamente las instituciones de crédito pueden actuar como fiduciarias. Así lo concibieron y lo decidieron los legisladores, apoyados en la mayoría de los casos por los autores y juristas dedicados a la materia.

Es de hacer notar que si bien el fideicomiso mexicano, desde su nacimiento, se reservó a los bancos exclusivamente, no lo fue por ser una institución de derecho civil sino una operación de crédito que como tal se introdujo en la legislación sin considerar siquiera como en el trust anglosajón, la posibilidad de existencia de fiduciarios particulares, sino sólo la de las compañías bancarias de fideicomiso.

Durante décadas las autoridades hacendarias extremaron su preocupación en todo lo relativo a la actividad fiduciaria, tomando en cuenta que no sólo bastaba ser institución de crédito, sino que era necesario también obtener una concesión específica para tal efecto, así recordemos que anteriormente se daba el nombre de los bancos indicándose enseguida que se trataba de institución de depósito, ahorro y fideicomiso.

La actuación de las instituciones fiduciarias debía desempeñarse a través de órganos de representación similares al de las sociedades mercantiles, por lo cual la Ley exigía la intervención de funcionarios especiales, llamados delegados fiduciarios, quienes debían reunir características tales como independencia económica, moralidad, experiencia y capacidad y cuyo nombramiento y remoción quedaban a criterio de la Comisión Nacional Bancaria.

Si bien es cierto que hasta fecha reciente el cargo de fiduciario solamente podía ser desempeñado por instituciones de crédito, también lo es el hecho de que las autoridades no han considerado sano para el sistema financiero el que dichas instituciones fiduciarias intervengan en otros campos tradicionalmente reservados a otro tipo de entidades del sector financiero. Tan es así que en los primeros años de actividad, las instituciones fiduciarias empezaron a recibir dinero del público mediante fideicomisos de inversión para otorgar préstamos a personas que las mismas seleccionaban, aceptando además garantizar a los mismos deudores ante los fideicomitentes inversionistas. Las autoridades consideraron que estas actividades desvirtuaban las funciones propiamente fiduciarias, ya que implicaban su intromisión en la intermediación en el crédito poniendo en peligro su propia estabilidad y solvencia, quedando en consecuencia prohibidas dichas operaciones.

También es necesario hacer mención de algunas limitaciones a la actividad de los fiduciarios orientadas básicamente a evitar conflictos de intereses. Estrictamente el fiduciario no puede realizar operaciones con la propia institución para el cumplimiento de fideicomisos salvo las excepciones que tienen las leyes orgánicas de Nacional Financiera y el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos.

Para las demás instituciones la Secretaría de Hacienda y Crédito Público puede autorizar mediante acuerdos de carácter general la realización de determinadas operaciones de fideicomisos, cuando no impliquen conflicto de intereses.

Otra limitación previene que las operaciones que hagan las instituciones de crédito cuando actúen como fiduciarias, con valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, deberán hacerlas con la intermediación de casas de bolsa y de manera directa cuando sean títulos emitidos o garantizados por las mismas instituciones de crédito.

CARACTERÍSTICAS DE DICHAS REFORMAS

- En ambos casos se establece que las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les son propias, marcándose que éstas se harán como excepción a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para las instituciones de seguros los fideicomisos serán de administración, a los cuales se afectarán recursos destinados al pago de primas en los contratos de seguros que se celebren, además de aquellos relacionados con primas de antigüedad, fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establecen las leyes sobre seguridad social y primas de antigüedad.

- Las reformas señalan que la administración de los fideicomisos deberán realizarla las nuevas instituciones fiduciarias en los mismos términos que para los bancos señalan los artículo 79 y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

- Las nuevas instituciones fiduciarias deberán desempeñar su cometido y ejercitar sus facultades por medio de delegados fiduciarios, debiendo responder civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento en los términos y condiciones señalados en el fideicomiso o en la Ley.

- Deberán también abrir contabilidades especiales por cada fideicomiso.

- En ningún caso podrán destinar el efectivo o los valores materia de fideicomisos a otras responsabilidades que no sean las derivadas del propio contrato.

- Podrán prever junto con los fideicomitentes la formación de un Comité Técnico, quedando liberadas de responsabilidad cuando actúen ajustándose a las instrucciones del mismo.

- Aunque seguramente los legisladores lo dan por conocido, al momento de redactar las reformas a la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, en éstas no se plantea el que el personal que utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución. Es cierto que en el caso de los bancos también se menciona este supuesto, el cual en la práctica no se da, ya que sólo en los fideicomisos públicos se nombra delegado fiduciario especial. Esta disposición se menciona de manera expresa en la fracción V del artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores.

- Dada la naturaleza de sus funciones, a las Instituciones de Seguros se les impone la limitación de no computar los recursos recibidos por razón de fideicomisos, como parte de las reservas de carácter técnico, así como tampoco considerarlos como parte de los cómputos relativos al capital mínimo de garantía previsto en el artículo 60 de la Ley que las rige.

- También para las aseguradoras se establece la limitante de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y del Banco de México, determinará el monto máximo de recursos que podrán recibir en fideicomiso, considerando su capital pagado, su capital de garantía y cualquier otro elemento que apoye su solvencia.

- Las compañías de seguros deberán continuar acudiendo tanto a bancos como a casas de bolsa para llevar a cabo la inversión de los fondos que administren bajo contratos de fideicomiso.

EL FIDUCIARIO EN LA LEGISLACIÓN DE OTROS PAISES

Las legislaciones latinoamericanas han introducido en su mayoría una restricción respecto a la persona del fiduciario señalando que sólo pueden actuar como tales los bancos autorizados para ello o las sociedades fiduciarias que hayan recibido así mismo una autorización expresa. La excepción está constituida por algunos países en los cuales todavía se permite que el fiduciario pueda ser una persona física o jurídica sin especial calificación ni autorización estatal.

Normalmente los países latinoamericanos que tienen incluida en su legislación la figura del fideicomiso, durante años siguieron el ejemplo mexicano así, de trece países de dicha región que han adoptado el fideicomiso, entre ellos: Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Venezuela, Bolivia, Perú y Chile, tienen también establecido que solamente los bancos o los establecimientos controlados por los organismos de vigilancia bancaria pueden ser fiduciarios.

Solamente tres, Costa Rica, Panamá y Puerto Rico tienen establecido que cualquier persona física o moral puede desempeñar el cargo de fiduciario.

En Estados Unidos, como referencia importante, existe también la posibilidad de que cualquier persona desempeñe dicho cargo.

Las reformas a las Leyes mencionadas al principio de esta exposición hacen que México se ubique dentro del grupo de países que permiten que instituciones distintas a las de crédito puedan desempeñar el cargo de fiduciario.

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE QUE LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA SE REALICE POR INSTITUCIONES DISTINTAS A LAS DE CRÉDITO.

Aunque ya conocemos las reformas que afectan a la actividad fiduciaria, las cuales fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el mes de julio pasado, es importante recordar los argumentos emitidos durante años por los cuales se consideraba que las instituciones de crédito debían seguir siendo las únicas autorizadas para actuar como fiduciarias.

En proyectos de los años 1950, 1955 y 1960 se pretendió modificar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el capítulo relativo al fideicomiso, no lográndose ninguno de dichos cambios hasta las reformas mencionadas en el párrafo anterior.

Una de las razones para no llevar a cabo los cambios mencionados es que la función fiduciaria requiere de un alto grado de confianza, lo que obliga a procurar seguridad, protección y debido cumplimiento, objetivos que sólo pueden alcanzarse con base en la estabilidad, la probidad, la permanencia y la solvencia moral y económica que pueden garantizar las instituciones de crédito.

Otro argumento es el de que las operaciones de fideicomiso que llegaren a encomendarse de manera imprudente a personas sin la capacidad necesaria o de dudosa honestidad, provocarían el desprestigio del fideicomiso y afectarían su posterior desarrollo.

Un tercer argumento se basa en que el fideicomiso encomendado a otras personas o entidades podría dar lugar a sustituciones fideicomisarias indebidas o al establecimiento de patrimonios orientados a fines distintos de los normalmente contemplados en el fideicomiso, así como la posible concentración de bienes en manos de personas físicas o morales que no tuvieran otro objetivo que el de mantener inactivos dichos bienes.

OBLIGACIONES PARA LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS DISTINTAS A LOS BANCOS

1 APEGARSE A LAS SANAS PRACTICAS FIDUCIARIAS DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Si bien es cierto que las reformas a la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros permite a las instituciones a las cuales les son aplicables el actuar como fiduciarias, los legisladores y las autoridades han querido mantener el principio de que en esta nueva etapa de servicios que prestarán a sus clientes, estas instituciones del sector financiero deberán apegarse a las sanas prácticas fiduciarias de las instituciones de crédito, para lo cual la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, entre otras autoridades, podrá fijar características o limitaciones a los fideicomisos que se establezcan con base en las leyes mencionadas, buscando propiciar la seguridad de los mismos y la adecuada atención de los servicios que de ellos se deriven.

Podemos observar que en el inicio de esta nueva etapa del fideicomiso en México, la experiencia de los bancos durante casi 80 años servirá de modelo a seguir por las nuevas instituciones fiduciarias, pensando en que si su desempeño no fuera del todo satisfactorio podría motivar en el futuro el que los fideicomisos que hayan constituido pasen a ser administrados por las instituciones de crédito, dejando sin efecto las reformas que comentamos.

2. PRINCIPALES PUNTOS Y SUGERENCIAS ADMINISTRATIVAS A TOMARSE EN CUENTA POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS.

Con el fin de llevar una adecuada administración de los fideicomisos, el fiduciario deberá hacer un extracto que contenga los datos más importantes del negocio, tales como tipo de contrato, fecha de firma, nombres de fideicomitentes y fideicomisarios, descripción de los bienes o derechos materia del fideicomiso valor de los mismos, obligaciones de las partes, funciones del comité técnico, si está previsto, principales obligaciones del fiduciario, honorarios, etc..

Complemento de la información anterior lo será la agenda que deberá contener cronológicamente las obligaciones y eventos en los que el fiduciario deberá intervenir para el cumplimiento de los fines del fideicomiso en casos tales como cobro de intereses, cobro de dividendos, inversiones, reinversiones, entrega de productos a los fideicomisarios, pago de impuestos, aplicación de honorarios y emisión de reportes o informes entre otros.

Sobre todo al inicio de las actividades que llevarán a cabo como fiduciarias por primera vez, se recomienda tener disponibles manuales de organización y de funciones mediante los cuales se establezca el control interno de los negocios fiduciarios tanto por parte del personal encargado de su administración como de los delegados fiduciarios.

Se considera conveniente también establecer un comité de aceptación de negocios que tenga a su cargo la evaluación de los proyectos de fideicomisos con el fin de determinar su conveniencia, riesgo, costo, responsabilidad para el fiduciario, etc.. En este comité deberán participar los responsables de las áreas que intervendrán en la administración del fideicomiso con el fin de no aceptar aquellos negocios que impliquen riesgo excesivo o imposibilidad en el cumplimiento de sus fines. De las sesiones que lleve a cabo este comité deberá levantarse un acta que firmarán los asistentes para definir tareas a desarrollar por cada una de las áreas involucradas.

Otra actividad fundamental será la de capacitación al personal que preste sus servicios en el campo de los negocios fiduciarios, así como a aquellos funcionarios de las áreas de promoción quienes tendrán a su cargo la captación de este tipo de negocios.

La contabilidad es otro de los rubros importantes para que las instituciones fiduciarias puedan cumplir con las obligaciones que al respecto se marcan en las reformas comentadas, específicamente en los que se refiere se marcan en las reformas comentadas, específicamente en lo que se refiere a llevar contabilidad individual por cada uno de los negocios fiduciarios que administren. Para el caso de las contabilidades especiales habrán de ajustarse a los catálogos de cuentas que para el efecto hayan expedido las autoridades reguladoras.

De las contabilidades especiales que se lleven por cada fideicomiso habrán de elaborarse estados financieros que también se referirán a los balances y a los estados de resultados, debiendo enviarse esta información a la Comisión correspondiente.

Las instituciones fiduciarias están obligadas a elaborar cada mes el cómputo de sus responsabilidades, en relación a su capital pagado y reservas, situación vigente para las instituciones de crédito y que deberá llevarse a cabo por las nuevas fiduciarias conforme a la legislación y reglamentación que les es aplicable.

Por último, no debe dejarse de mencionar la obligación de las instituciones fiduciarias de rendir cuentas periódicamente a los fideicomitentes y fideicomisarios del estado que guarde el patrimonio

del fideicomiso, así como el cumplimiento de las obligaciones fiscales y muy especialmente la obligación de guardar el secreto fiduciario.

CONCLUSIONES

- Tomando como base los antecedentes y desarrollo del fideicomiso en el mundo, empezando desde la figura de la "fiducia" en el derecho romano, no existe razón para sostener que la actividad fiduciaria debe ser desempeñada exclusivamente por las instituciones de crédito, señalando que se trata de una actividad bancaria ya que en sus orígenes no lo fue.

- A pesar de que en la legislación mexicana se mantuvo por muchos años la decisión de que el cargo de fiduciario lo desempeñaran solamente los bancos, el hecho de que los negocios fiduciarios se califiquen dentro de la Ley de Instituciones de Crédito como servicios, en sentido estricto, no obedecen al concepto de función bancaria.

- Desde el punto de vista doctrinal debemos concluir que no es elemento esencial del fideicomiso el que el fiduciario tenga que ser una institución de crédito.

- Las características que desde el principio fueron tomadas en cuenta por el legislador para determinar que sólo los bancos podían ser fiduciarios, son las mismas por las cuales ahora también pueden desempeñar dicho cargo las instituciones de seguros.

- De la actuación con apego a la tradición fiduciaria, a la legislación y disposiciones reglamentarias, dependerá el que las instituciones de seguros puedan cumplir con esta nueva función.

Si el desempeño del cargo de fiduciario no se hace tomando en cuenta los elementos arriba mencionados, no sería extraño que el legislador diera marcha atrás y ordenara traspasar los fideicomisos celebrados por instituciones de seguros a instituciones de crédito, con lo cual se perdería no solamente una importante opción de negocios sino quedaría demostrada la incapacidad de estas instituciones para atender a un cargo de tanta responsabilidad.

- Las nuevas instituciones fiduciarias deben actuar siempre como un buen padre de familia, según se establece en el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Esta expresión implica que es responsable aun de culpa leve y por consecuencia, de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su actuación.

- Para aquellas aseguradoras que formen parte de grupos financieros entre cuyas sociedades se encuentre un banco, no se recomienda crear una infraestructura fiduciaria propia sino aprovechar la del propio banco.

- Las que no estén en ese supuesto deberán integrar un área fiduciaria para atender a su clientela y no quedar fuera del mercado de estos importantes servicios.

BIBLIOGRAFIA

- Jorge Piña Medina *Antecedentes Históricos del Fideicomiso México*, 1982
- Guillermo Floris Margadant S., *Derecho Romano*, décima edición de., Editorial Esfinge, S.A. México, 1981.
- George Gleason Bogert. *The Law of Trusts and Trustees. A treatise Covering The Law Relating to Trusts and Allied Subjects affecting trusts Creation and Administration.* Second Edition, West Publishing Co., ST Paul Minn, 1965, vol. Y, secciones 2 a 8,
- Scott Austin Wakeman, *The Law of Trusts.* Third Edition , Little Brown And Co., Boston-Toronto, 1967, vol I, pp. 3 a 26
- Rodolfo Batiza, *El Fideicomiso, Teoría y Práctica* . México. 1991. Ed. Jus
- Harold Potter; *An Introduction to the History of Equity and its Courts.* Sweet & Maxwell, Ltd. London 1941
- George W. Keeton.; *The Law of Trusts*, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd. Nineth edition, London, 1968.
- Maitland.F.W. ;*Equity a Course of Lectures.* Revised and annotated by John Brunyate. Cambridge University Press, 1949
- Emilio Velasco, *Los Instrumentos de trust y los Ferrocarriles Nacionales.* Revista General de Derecho y Jurisprudencia. México. 1932, Tomo III
- Sesiones de los días 15, 23 y 25 de febrero. *Convención Bancaria de 1924.* Publicaciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Editorial Cultura. México. 1924
- Legislación Bancaria. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Crédito, México, 1957, tomo II.
- Toribio Esquivel Obregon *Carácter Legal de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso.* Revista General de Derecho y Jurisprudencia, México. 1930, T. Primero
- El Fideicomiso, Esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento* Revista Jus. No. 94 mayo, 1946.
- Los Negocios Fiduciarios* Revista de la Escuela de Estudios Contables. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 1951

Miguel Acosta Romero *Naturaleza Jurídica del Fideicomiso* 1a. de. 1982 Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C.,

Giuseppe Branca *Instituciones de Derecho Privado* traducción de la 6a. edición italiana por Pablo Macedo, 1978. Editorial Porrúa, S.A.

Guillermo Cabanellas y N. Alcalá Zamora y Castillo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho*. t. IV-J-O, 12a. de. 1979 Editorial Heliasta, S.R.L..

Enciclopedia Omeba, T. XX Multi-opci, Editorial Bibliográfica, Argentina , Buenos Aires.

Raúl Ortiz Urquidi, *Derecho Civil*, Parte General, prólogo del Dr. Roberto L. Mantilla Molina, 1977, Editorial Porrúa S.A.

Miguel Villoro Toranzo *Introducción al Estudio del Derecho*, 4a. edición Editorial Porrúa, S.A.

Jose Manuel Villagordoa Lozano. *Doctrina General del Fideicomiso*, De. Asociación de Banqueros de México, 1976.

Octavio Hernández *Derecho Bancario Mexicano-Instituciones de Crédito*. México, 1956, t.II.

Jose Adolfo Pérez Sandi, *Extinción del Fideicomiso*, Primera edición, 1982 Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. México.

Rodolfo Batiza. *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*. Ed. Porrúa. 1985

American Bankers Association : *Common Trust Funds. A Hand Book on their Purposes, Establishment, and Operations*, 1948.

Morineau, Oscar: *Alergia a los Conceptos*. Jus no. 119 junio 1948.

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos

Código Civil

Miguel Acosta Romero *El Comité Técnico en el Fideicomiso* México, 1982, Fomento Cultural de la Organización Somex.

Miguel Acosta Romero, *Teoría General de Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, México, 1979

Guillermo Jiménez Padilla, *El Comité Técnico del Fideicomiso, su Naturaleza Jurídica*, tesis, Facultad de Derecho, UNAM, 1975.

J. Efrén Ossa G. *Teoría General del Seguro. La Institución*. Ed. Themis. 1988.

Alfredo Manes, *Teoría general del Seguro, tomo I*

Itsemap. Mafre. *Manual del Asegurador*

Oscar Vazquez del Mercado. *Contratos Mercantiles*. Quinta Edición. Editorial Porrúa. 1994.

Maurice Picard et André Besson, *Les assurances terrestres en droit français*. Paris, L.D.D.J.

Albert H. Mowbray, *Insurance, its theory and practice in the United States*, New York-London, McGraw Hill, 1946,

Gabriel Bonilla Marín, *Teoría del seguro social*.

J. Tuma. *Elements of Reinsurance Technique : The Statics*, Bombay, Matharawala, 1952

Diario Oficial de la Federación. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 28 de diciembre de 1992

Artículo elaborado por el Dr. Carlos Casillas Velez, para el Cuaderno de Trabajo de la Convención AFASA IMPULSA, Zacatecas, Zacatecas, 1993