

BIBLIOTECA CENTRAL-USAC
DEPOSITO LEGAL
PROHIBIDO EL PRESTAMO EXTERNO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

Facultad de Ciencias Economicas

"LA INSTITUCION DEL FIDEICOMISO"

TESIS

Presentada a la Junta Directiva de la
Facultad de Ciencias Económicas de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

AUGUSTO ALBERTO GALICIA DIAZ

En el acto de su investidura de

CONTADOR PUBLICO Y AUDITOR

EN EL GRADO DE LICENCIADO



Junio, de 1968.

DL
03
T(81)

JUNTA DIRECTIVA DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Decano	Lic. Rafael Piedrasanta Arandi
Secretario	Lic. Bernardo Lemus Mendoza
Vocal 1°	Lic. César Augusto Días Paiz
Vocal 2°	Dr. Luis Eduardo Contreras
Vocal 3°	Lic. Aníbal de León Maldonado
Vocal 4°	P. C. Marco Antonio Ponce Díaz
Vocal 5°	P. C. Carlos Julio Dávila Rodríguez

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN

GENERAL PRIVADO:

Decano:	Dr. Héctor Goicolea Villacorta
Secretario:	Lic. Santiago Castillo Avila
Examinador:	Lic. Arturo Morales Palencia
Examinador:	Lic. René Arturo Orellana González
Examinador:	Lic. Tulischth F. Díaz Avila

ACTO QUE DEDICO:

AL SUPREMO CREADOR

A la memoria de mis Padres:

Fernando Galicia Calderón y
Felipa Díaz de Galicia

A mi Esposa:

Eluvia M. de Galicia

A mis Hijos:

Julio Enrique
Carlos Roberto
Sonia Camelia
Augusto Fernando
Silvia Eugenia
Marcia Irene e
Irma Gloria

A mis Hermanos:

Humberto
Gustavo
Camelia
Noé
Clementina
Fernando y
Francisca Galicia Díaz

CARLOS E. CARRERA S.
APARTADO POSTAL 86 • GUATEMALA, C. A.

30 de mayo de 1,968.

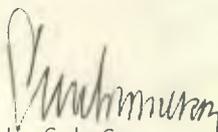
Señor Decano de la
Facultad de Ciencias Económicas,
Lic. Rafael Piedrasanta Arandi,
Presente.

Señor Decano:

Atendiendo la designación que usted se sirvió hacerme, practiqué un examen de la tesis "La Institución del Fideicomiso", preparada por el estudiante don Augusto Galicia, previa a optar el grado profesional de Contador Público y Auditor en el grado de Licenciado.

A mi juicio, el trabajo del señor Galicia es un trabajo interesante que viene a ampliar apreciablemente lo que se ha escrito sobre el tema, por lo que me permito recomendar su aprobación.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted con todo aprecio muy atento y seguro servidor,



Lic. Carlos Carrera

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

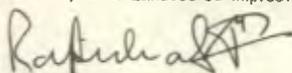


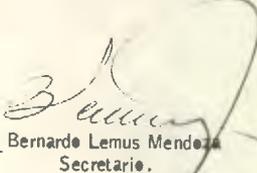
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
GUATEMALA, CENTRO AMERICA

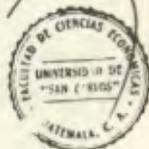
Calle Mariscal Cruz No. 1-56, zona 19

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS: GUATEMALA,
TRES DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO.

Con base en el dictamen rendido por el Licenciado Carlos Enrique Carrera,
quien fuera designado Asesor y la opinión favorable del Director de la Escuela
de Auditoría, se acepta el trabajo de tesis denominado "LA INSTITUCION DEL
FIDEICOMISO", que para su graduación profesional presentó el señor Augusto
Galicia Díaz, autorizándose su impresión.-----


Lic. Rafael Piedra Santa Arandi
Decano.


Lic. Bernardo Lemus Mendez
Secretario.



nder.-

INDICE

"LA INSTITUCION DEL FIDEICOMISO"

	Pág. No.
CAPITULO I	
INTRODUCCION	
	1
CAPITULO II	
CONCEPTOS GENERALES	
1. Aspecto Jurídico del Fideicomiso	5
2. Fideicomiso Romano	12
3. Origen del Trust o Fideicomiso Angloamericano	15
4. Diferencia entre el Fideicomiso Romano y el Fideicomiso Inglés o Trust Anglosajón	20
CAPITULO III	
EL TRUST INGLES O FIDEICOMISO ANGLOAMERICANO	
5. Concepto y Constitución	22
6. Mecanismo del Trust	25
7. Administración del Trust o Fideicomiso	27
CAPITULO IV	
FIDEICOMISO LATINOAMERICANO	
8. Nociones Generales del Fideicomiso	31
9. Constitución del Fideicomiso	34
10. El Fideicomitente	35
11. El Fiduciario: Derechos y Obligaciones	36
12. El Fideicomisario	40

	Pág. No.
13. Comité Técnico	42
14. Extinción del Fideicomiso	43

CAPITULO V

APLICACIONES DEL FIDEICOMISO

15. Introducción	45
16. Certificado de Participación	47
17. Clasificación del Fideicomiso	48
18. Fideicomiso de Inversión	48
19. Fideicomiso de Administración	50
20. Fideicomiso de Garantía	51
21. Fideicomiso de Financiamiento	52

CAPITULO VI

54
LEGISLACION GUATEMALTECA SOBRE EL FIDEICOMISO

CAPITULO VII

ASPECTOS CONTABLES DEL FIDEICOMISO

22. Operaciones y Registros Contables	67
23. Distinción de Bienes en Fideicomiso: Principal y sus Productos	71
24. Otros Aspectos Contables	74

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES	76
BIBLIOGRAFIA	80
LEYES CONSULTADAS	82

CAPITULO I

INTRODUCCION

Al iniciar el estudio del punto de tesis "La Institución del Fideicomiso" se describe brevemente, la importancia, el fundamento, la constitución y el alcance de esta institución que funciona en la mayor parte de los países y que en el nuestro comienza a tener auge por los múltiples beneficios que económica y socialmente proyecta.

La vida moderna ha traído consigo consecuencias que jamás imaginaron los hombres del siglo pasado. El considerable incremento experimentado por la riqueza mobiliaria, pública y particular; el desarrollo de la industria y el comercio; la complejidad de los fenómenos a que da lugar la interdependencia económica, etc., han influido, en general, en todos los órdenes de la actividad humana y especialmente en el bancario. De los Bancos se ha dicho que son intermediarios entre los particulares que disponen de capitales ociosos y se los confían, y aquéllos que requieren del crédito para poder dar adecuado desarrollo a sus empresas. Hoy día, sin embargo, el concepto vertido se hace incompleto. La Banca a más de mediadora oficiosa de particulares, asume su representación, atendiendo comisiones de confianza, operaciones por cuenta ajena, figurando en especial lugar por su trascendencia económica el Fideicomiso que desarrollan los departamentos fiduciarios de las Instituciones de crédito autorizadas o bancos de fideicomiso.

Se considera de mucha utilidad para el desarrollo del tema recordar por medio de una visión sinóptica el proceso histórico dentro del que se ha venido formando la imponente estructura de esta figura jurídica, que despierta sumo interés, tanto a economistas, como a juristas, legisladores, contadores Públicos, financistas y banqueros y, en general, a todo el sector universal cuyos intereses participan en el moderno desarrollo económico de cada país. Nos interesa esta institución por su esencia polifacética capaz de asumir y proporcionar soluciones satisfactorias para tantos problemas y cuestiones de la vida económica moderna,

que sin la utilización del fideicomiso no se podrían resolver. Lo prueba su creciente aceptación en el mundo de las finanzas.

En el acto jurídico civil del fideicomiso participan en su formación tres componentes: el fideicomitente, propietario original del patrimonio y autor del fideicomiso; el fiduciario, titular nominal o teórico del dominio, pero en realidad administrador de un patrimonio ajeno; y por último, o más bien dicho, ante todo, el fideicomisario, verdadero y único beneficiario del acto y, por lo tanto, propietario real y efectivo del patrimonio que a través de la modalidad del fideicomiso se transmite o se enajena para su exclusivo provecho.

Con base en las experiencias adquiridas en países de Latinoamérica, no se diga en Norteamérica e Inglaterra, se puede afirmar que el fideicomiso ha sido utilizado como instrumento para la realización de múltiples operaciones, trascendentes en el orden económico-financiero, como para finalidades de interés social y particular, sean realizadas éstas por los gobiernos respectivos (fideicomiso público) o por la banca privada y demás instituciones de crédito autorizadas en nuestro medio (fideicomiso privado).

Puede decirse también, que las operaciones con finalidades de interés social son un factor coadyuvante al impulso del desarrollo económico nacional en general, puesto que por intermedio de las mismas son fomentados en forma sorprendente: el comercio exterior, la industria, la vivienda de interés social, la agricultura, avicultura, ganadería y otros factores económicos.

Las operaciones con finalidades de interés particular o sean las que lleva a cabo la banca privada, tienen efectos favorables en el medio financiero del país. Por una parte, permiten a los bancos del sistema ampliar el campo de sus operaciones y por ende sus beneficios; por otra parte, no solo estimulan en el público el hábito de hacer uso de los servicios bancarios, sino que consecuentemente logran canalizar capitales hacia finalidades prácticas, los que de otra manera permanecerían ociosos o bien en manos de personas incapaces de administrarlos convenientemente.

También, las operaciones fideicomisarias de banca privada contribuyen a una mayor dinamización del mercado de valores, al ser realizadas las mismas en forma de fideicomisos diversos, cuya finalidad sea invertir en valores los fondos fideicomitados.

El fideicomiso es una operación bancaria prácticamente recién nacida en nuestro medio. La lleva a cabo una institución de crédito autorizada por el estado para actuar por cuenta ajena y en favor de uno o más beneficiarios. La confianza, la fé o creencia en la honradez del fiduciario, a quién la ley exige actuar (hablando figuradamente) como un buen padre de familia, son los elementos subjetivos fundamentales de la relación fiduciaria.

La introducción de la figura jurídica del fideicomiso en la legislación de Guatemala, se llevó a cabo en la constitución de 1945, en la cual, en su artículo 28 se incluye el precepto legal que textualmente dice: "Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco años; en todo caso, deberán ser ejercidos por un Banco o institución de crédito, facultados para hacer negocios en la república. Esta autorización, no se extiende en manera alguna a congregaciones religiosas o monásticas, ni a sacerdotes o ministros de cualquier culto o religión".

Como se ve, con esta base legal nace el fideicomiso en Guatemala, pero no se entró específica e inmediatamente a legislar su contextura y funcionamiento. Lo más importante en materia de legislación sobre fideicomiso, es la emisión del nuevo código civil que contiene importantes reformas, entre las cuales, merece especial mención por su importancia y por tratarse del tema en estudio, la que corresponde a la "Propiedad en Fideicomiso".

Con el título de "Propiedad en Fideicomiso" queda contemplado el ejercicio legal del Fideicomiso en la legislación guatemalteca.

Del articulado que conforma el precepto legal "Propiedad en fideicomiso", comprendido en el Capítulo IV, Título II de nues

tro Código Civil, se puede afirmar que el fideicomiso está legislado en forma natural y especializada conforme a su materia, con lo cual solo queda que las fuerzas económicas y financieras del país, aprovechen con toda amplitud y eficacia los beneficios indiscutibles que esta Institución proporciona a la economía nacional.

Precisamente atendiendo a que el fideicomiso ha entrado apenas hace pocos años a formar parte de nuestros usos bancarios, lo que significa, un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía, nos entusiasma profundamente abordar el presente estudio con la aspiración de contribuir en algo a la divulgación del concepto que actualmente se tiene del fideicomiso y de su importancia como instrumento financiero.

CAPITULO II

CONCEPTOS GENERALES

1. Aspecto Jurídico del Fideicomiso

La institución del fideicomiso cuya aplicación tiene lugar en los países de América Latina en su mayor parte, y no digamos en los Estados Unidos de Norte América, es puramente inspiración y adaptación del Trust de origen Inglés, que también se le conoce con el nombre de Fideicomiso Angloamericano.

El Fideicomiso creado y desarrollado por el derecho Angloamericano, consiste en un acto jurídico de derecho civil regido por los principios relativos a la propiedad y a las obligaciones en general, esencialmente traslativo de dominio, por virtud del cual, el propietario de bienes muebles e Inmuebles, el fideicomitente, al constituir el fideicomiso se desapodera de la propiedad de dichos bienes y la enajena al cesionario, denominado fiduciario, para que éste posea el patrimonio así constituido en beneficio y provecho de la persona o personas en cuyo favor se otorga el acto, llamados fideicomisarios. En consecuencia, por este acto jurídico civil constitutivo de una obligación y de un derecho de propiedad, los bienes enajenados dan origen a que la plena propiedad transmitida se descomponga en dos categorías de dominios: el "legal", que confiere al fiduciario la facultad de disponer del patrimonio en los términos previstos en el acto constitutivo del fideicomiso y por la ley, y el dominio "Util" o "beneficioso" que dá al fideicomisario el derecho de gozar y aprovechar todos los beneficios que se deriven del patrimonio constituido en fideicomiso a su favor.

Ampliando el concepto, "en el fideicomiso Angloamericano hay a la vez dos títulos de propiedad sobre los mismos bienes, que subsisten concurrentemente: el "legal" y el "Equitativo", regidos respectivamente por los dos grandes sistemas de "ley" y "Equidad" de que está compuesto el derecho Angloamericano; pero en el concepto de que el dominio de derecho (o sea el legal) se tiene siempre supeditado al dominio de "Equidad", ya que el fiducia



rio que dispone del primer dominio es sólo propietario en teoría jurídica, en tanto que el fideicomisario que tiene el segundo es en realidad el único y verdadero dueño. El dominio teórico en poder del fiduciario se rige por los principios generales que en materia de propiedad establece el derecho común formal, o sea el Common Law; el dominio efectivo o de "Equidad", que pertenece al Fideicomisario, está regulado a su vez por el conjunto de normas, también jurídicas, de que está formada la "Equidad", en el sistema Angloamericano. Sin embargo, puesto que el "derecho-equidad" es supletorio del derecho Común Anglosajón, y en todo aquello no previsto expresamente por sus propias reglas, sigue los principios generales de ese derecho, el dominio que en los fideicomisos corresponden a los fideicomisarios es una propiedad, en sí misma, de la misma naturaleza intrínseca y extrínseca que la establecida por la ley formal. El patrimonio del fideicomisario puede, pues consistirse en cualquiera de las formas ordinarias, ya sea como plena propiedad, como propiedad nuda y usufructo, o sujeta a condición, se adquiere y se transmite de la misma manera que cualquiera otra clase de bien. En consecuencia, en derecho Angloamericano, para que el título de dominio sobre una propiedad sea perfecto debe estar reconocido por los dos sistemas jurídicos en que se divide en Inglaterra y los Estados Unidos". 1

Cuando ambas especies de dominio, el "legal" y el "equitativo", se reúnen en una misma persona, cuando coinciden en ella las dos calidades de fiduciario y fideicomisario a la vez sobre el mismo bien o patrimonio, el derecho de propiedad en este caso se rige exclusivamente por la "ley Común" y el sistema del "derecho-equidad" no es ya aplicable; pues en estas condiciones, el llamado dominio equitativo se fusiona con el "legal", desapareciendo el primero, por el principio de la confusión, y el derecho de usar y disfrutar de la propiedad se vincula con el pleno dominio legal, constituyendo para aquella persona el dominio de plena propiedad sobre dicho patrimonio.

De allí que, el dominio concebido en forma plena, es un derecho real, exclusivo, absoluto y perpétuo. En cambio la propiedad que llega a manos del fiduciario, por medio del dominio "legal" antes dicho, se encuentra limitada, no es absoluta ni perpétua, sino esencialmente relativa, puesto que el fiduciario sólo

(1) Oscar Rabasa. El Derecho Angloamericano. Primera edición.

puede y está obligado a disponer de ella conforme lo ordena el que la transmite, eminentemente temporal, porque su titular está siempre obligado a restituirla al extinguirse el fideicomiso.

Dos elementos esenciales sobresalen en la exposición anterior del fideicomiso como son: a) La Transmisión de Bienes y b) El beneficio del Fideicomisario.

En cuanto a la transmisión de bienes (Dominio "legal") cabe agregar a lo dicho que si estos no pasaran de una persona a otra y permanecieran en poder de su dueño, no habría acto de confianza del fideicomitente para con el fiduciario, no puede cumplir se el propósito del fideicomiso, que puede versar sobre cosas muebles lo mismo que sobre inmuebles, etc.

De allí que autores al respecto, asientan que "Siempre es la fé que se tienen en el fiduciario lo que impele al fideicomitente a encomendarle el encargo". 2

El separarse el fideicomitente del dominio de los bienes fideicomitados, es de evidente utilidad para las partes que en el acto intervienen.

En efecto, el fiduciario propietario a más de recibir una remuneración por los servicios que presta, queda investido de todas las facultades necesarias para llevar a un buen fin el encargo que se le confió; el fideicomitente a su vez evitará preocupaciones y trabajo, y para el fideicomisario ese traspaso significará resguardo seguro de sus intereses y un control metódico de sus beneficios.

Así por ejemplo: "un padre asegura una renta periódica a un hijo dilapidador, sin tener que molestarse por la administración del capital y sin tener que perderlo en definitiva, constituye un fideicomiso. Conforme este sistema, el capital pasa a dominio del fiduciario, quien devenga una remuneración por la administración que realiza; el fideicomitente queda libre de preocupaciones por el bienestar de su hijo y aumenta el suyo personal, porque se evita de una administración molesta. Para el hijo, que en este caso es el fideicomi-

[2] Narciso E. Garay. El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño.

sario, la operación significará una renta que le pondrá a cubierto de las consecuencias de su prodigalidad o sea de su extremo "derroche". 3

En cuanto al beneficio del fideicomisario, se considera un elemento esencial de la institución del fideicomiso, ya que esta institución se reduce sintéticamente: a un traspaso de determinados bienes, destinados a cumplir una finalidad en provecho o beneficio de una o varias personas que se les nombra fideicomisarios. Luego entonces, en este segundo elemento, se cumple la finalidad para el cual fué constituido el fideicomiso.

Ampliando el concepto de los dos elementos esenciales constitutivos del fideicomiso, la transmisión de bienes y el beneficio del fideicomisario, a continuación se hace referencia en parte a la teoría de M. Lepaulle el único tratadista latino que ha ya hecho al Trust objeto de un análisis acabado e interesante, en la forma siguiente:

"La única manera de abordar el problema consiste en buscar los elementos esenciales a la formación y a la vida del Trust: un patrimonio independiente y una afectación.

El primero se infiere de lo siguiente:

- a) El Fideicomiso o Trust supone necesariamente derechos patrimoniales sobre los cuales recae que guardan relación directa con la misión encomendada al trustee o fiduciario, y son indispensables a la obtención de lo propuesto.
- b) Que los bienes no permanezcan en el patrimonio del constituyente o fideicomitente ni en el del gestor o fiduciario, o que, al menos, queden sujetos a un régimen jurídico distinto de aquél por el cual se gobiernan los bienes propios de uno y otro.
- c) Los derechos patrimoniales aludidos anteriormente no están en el patrimonio de persona alguna. De hallarse en el settlor (fideicomitente) habría mandato con depósito; si en el del trustee (fiduciario) habría donación o legado con gravamen o bien estipulación por otro. Tampoco deben hallarse en el del beneficiario.

(3) Narciso E. Garay. El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño.

pues entonces el seudo-trustee sería un mandatario, un ejecutor testamentario, etc., pero no un trustee o fiduciario.

d) Estos derechos patrimoniales forman un todo independiente. No estando en patrimonio alguno, gozan de una individualidad acentuada por el hecho de tener un guardián responsable que los administra, y que atiende a un instrumento determinante de su gestión y de la afectación.

e) Finalmente constituyen una universalidad. Se transforman, aumentan, etc. manteniendo la individualidad, ya que para ellos opera el fenómeno de la subrogación real.

Dos argumentos fundamentales esgrime el jurista en apoyo al patrimonio independiente del Trust o fideicomiso.

Primero: Los bienes objeto del fideicomiso o trust no ingresan al patrimonio personal del fiduciario o trustee, ni al del fideicomisario o cestuá que trust, a pesar de haber egresado del patrimonio del Fideicomitente o settlor.

El hecho aducido por M. Lepaulle en sustento a la independencia que él vislumbra en el fideicomiso o trust, tiene una explicación clara y sencilla: sucede, simplemente, que los bienes del fideicomiso constituyen para el fiduciario un nuevo patrimonio ajeno al suyo personal, mal podría entonces formar aquel parte de éste. La pluralidad de patrimonios es un hecho cumplido en la ciencia Jurídica.

Segundo: Si en el acto constitutivo del fideicomiso o trust fuese omitida la designación de fiduciario sin que ello impida el nacimiento ni afecte la validez del fideicomiso, es claro que éste es independiente de la persona de aquél como se ve, este segundo punto lo expone el autor para patentizar y darle más acierto a la independencia del patrimonio constitutivo del Fideicomiso, pues se sabe en ciencia jurídica que si el Fideicomitente o settlor omitiese esa designación, o nombra como fiduciario a alguien que ha muerto o que repudia el cargo, en todo instante un proceso legal de selección provee de gestor al nuevo patrimonio, ungiendo

fiduciario al fideicomitente o a sus herederos hasta que un tribunal competente nombre uno en propiedad.

De este modo, en todo fideicomiso o trust hay necesariamente un patrimonio independiente o especializado.

Dice la teoría de M. Lepaulle que además del patrimonio independiente hay una afectación. De lo contrario, el fideicomiso o trust se tornaría imposible o ilícito. En esta noción interviene dos elementos:

- a) Directivas referentes a la distribución de fondos.
- b) Una idea directriz. Que consiste en un fin esencial que se persigue con el fideicomiso o trust y que no debe confundirse con el móvil: éste es subjetivo, psicológico, aquella es objetiva.

Mientras los fondos pueden ser distribuidos de acuerdo con las prescripciones del fideicomitente o settlor, el segundo elemento carece de importancia y se confunde con la intención o móvil. Pero cuando las instrucciones se hacen imposibles, continúa el trust o fideicomiso mediante la idea directriz". 4

Ejemplo: "Se constituye un fideicomiso o trust en favor de una iglesia de determinada secta. Muere el settlor o fideicomitente y la secta desaparece. Si los tribunales estiman que la idea que guió la creación del fideicomiso o trust fué la de desarrollar el sentimiento religioso o de elevar el nivel moral del país, subsistirá el fideicomiso persiguiendo estos objetivos". 5

El ejemplo visto es de trust o fideicomiso corriente, express-trust. Si se pasa a los constructive trusts no encontramos settlor o fideicomitente por lo tanto no hay intención. En cuanto a los resulting trusts (fideicomiso implícito) son creaciones de la ley o de la jurisprudencia que nace, precisamente, con ocasión de no cumplirse la voluntad del fideicomitente o settlor. La afectación es, pues, una idea propia, no es intención o móvil sino destino, finalidad.

(4 y 5) Narciso E. Garay. El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño.

Resumiendo: vemos en el Trust o fideicomiso un patrimonio especializado (independiente) perteneciente al fiduciario o trustee, y regido por un estatuto particular en atención al fin u objeto que se persigue.

Explicando el concepto en estudio, vemos que el fideicomiso se asemeja a un contrato tripartito en que una parte enajena y ordena y que es representada por el Fideicomitente; otra que recibe y ejecuta o sea el fiduciario; y una última que extrae beneficio de la actividad de las otras dos y es el Fideicomisario.

Ya con los pormenores especificados se asientan unas cuantas definiciones de Fideicomiso, las cuales se consideran útiles reproducir para la mejor comprensión del tema.

Del "Restatement of. the law of trusts" (American Law Institute) fué extractada la siguiente idea esencial:

a) "El Trust es una relación fiduciaria, que respecta a bienes y que sujeta a quien los detenta a la obligación de manejarlos en beneficio de alguien, o para la realización de un fin caritativo, y cuya fuente puede ser: una manifestación de voluntad, una sentencia judicial o la ley". 6

b) "El Trust es la obligación que pesa sobre una persona, a quien se ha transferido el legal title (situación jurídica que reconoce el Common law) de ciertos bienes en virtud de la confianza en ella depositada, de aplicar fielmente esos bienes en conformidad a lo dispuesto en el acto de confianza". 7

c) La definición dada por M. Pierre Lepaulle dice que: "El Fideicomiso o Trust es una institución jurídica consistente en un patrimonio independiente de todo sujeto de derechos y cuya unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes vigentes y del orden público". 7 A.

d) Rodolfo Batiza dice que: "El trust es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley, en virtud de la

(6, 7 y 7A) Narciso E. Garay. El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño.

cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas, que indistintamente pueden exigir la obligación".

e) México conforme la ley de títulos y operaciones de crédito de 1941 define el fideicomiso así: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado en comendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

f) En Guatemala, nuestro código civil define la institución del fideicomiso en su artículo 560. (Artículo 27 del Decreto-Ley número 218). Fideicomiso es la institución por medio de la cual un banco o un establecimiento de crédito legalmente autorizado adquiere la propiedad de determinados bienes para destinarlos a un fin lícito, o entregarlos al destinatario al cumplirse la condición o el plazo impuesto por el instituyente.

Con respecto a las definiciones del fideicomiso dicen algunos autores que atendiendo a la complejidad de usos del Trust, resulta difícil una definición que lo comprenda completamente, con siderandose que hasta la fecha no se ha podido emitir una definición que involucre todas sus características.

2. Fideicomiso Romano.

El origen del fideicommissum en el derecho romano según los tratadistas, consistía en la propensión de los testadores a imponer su voluntad más allá de su vida, respecto a los bienes que transmiten a sus herederos por una parte, y el deseo de eludir las numerosas incapacidades que para heredar por testamento imponían las leyes romanas por otra parte.

Ante la incapacidad de los libertos, los proscritos, las mu nicipalidades, los colegios, los casados sin hijos, las mujeres en general y otros muchos casos de otra índole, en los casos determinados por la ley en esa época, a quienes les estaba prohibido el derecho de heredar en sucesión testamentaria, las personas

que querían beneficiar a tales incapacitados con una herencia o legado instituían como heredero a un capacitado legalmente, con la recomendación de entregar la herencia a la persona a quien se deseaba favorecer, en forma no de un mandato, sino de un ruego mediante el cual, el testador encomendaba a la buena fé de la persona nombrada como heredera que devolviera los bienes transmitidos al beneficiario, conforme el significado de fideicommissum lo acierta: fides, fé o confianza, committere, encomendar. En otras palabras, el fideicomiso creado por los legisladores y juristas consultos romanos era el acto por medio del cual, como se ha dicho, el testador dejaba la herencia, legados o bienes, al heredero intituido, llamado fiduciario, con el encargo de que los entregara o restituyera a un tercero, designado fideicomisario.

De manera que el fideicomiso puro o simple que originalmente se estableció en el derecho romano aplicado conforme las características enunciadas anteriormente, no presentaba ningún inconveniente de carácter moral, económico o jurídico; pero cuando el fideicomiso puro u ordinario se convirtió más tarde en "gradual", "conservatorio", "familiar", "sucesivo" y "perpétuo", adquirió la forma de las llamadas "sustituciones fideicomisarias" tendientes a la vinculación de la propiedad. Los testadores con la intención de perpetuar el patrimonio de una misma familia o en sociedades constituidas en personas morales determinadas, instituían al heredero no solamente con la designación de fiduciario, sino también como fideicomisario; le transmitían los bienes en propiedad durante su vida, con la estipulación de restituirlos, a su muerte, a favor de otra persona, que a su vez los adquiriría y explotaba durante su propia vida, con la misma obligación ordenada por el testador, de transmitirlos a su muerte a otra persona, y así sucesivamente, de tal manera que mediante estas sustituciones fideicomisarias, en realidad los bienes inmuebles gravados se convertían en bienes vinculados, inalienables durante años y generaciones enteras.

El sistema de la sustitución fideicomisaria o fideicomisario sucesivo tuvo su apogeo durante la época de las monarquías absolutas y de la nobleza, porque precisamente, según lo expresa Montesquieu, la

perpetuación del patrimonio en una familia o dinastía, conforme las sustituciones, era el fundamento más sólido de la aristocracia, base del gobierno monárquico, pues decía este autor: las leyes deben propender al sostenimiento de la nobleza para bien de la monarquía, y para lograrlo nada mejor que las sustituciones fideicomisarias como prerrogativa de la nobleza misma, por medio de las cuales, se podían conservar los patrimonios en las familias, como base para la supervivencia de las castas nobles.

Y así cuando el derecho romano, después de las épocas turbias de la edad media, surgió, fusionándose con los sistemas jurídicos de Europa el fideicomiso puro o simple de los romanos se transformó en el régimen de las sustituciones fideicomisarias, que desvirtuaron su naturaleza primitiva y lo condujeron al sistema antieconómico del estancamiento de la riqueza inmobiliaria en poder de las familias aristocráticas o de las instituciones llamadas de "manos muertas", porque al vincularse la propiedad raíz en un determinado número de personas quedaba en realidad fuera del comercio y del intercambio económico.

A partir de la Revolución Francesa, cuando se destruyen la vieja organización feudal y los privilegios de la nobleza, y cuando nacen también los nuevos principios de la economía política, se comprueba que la vinculación de los bienes en determinadas familias o grupos de personas retira del comercio a la riqueza inmobiliaria, estanca el desarrollo de la agricultura, perjudica el desarrollo de las industrias y propaga la miseria en general. En consecuencia el nefasto sistema de las sustituciones fideicomisarias quedó definitivamente abolido en las naciones modernas, lo mismo que los mayorazgos, la amortización eclesiástica, y todos aquellos actos o disposiciones que tiendan a poner la propiedad territorial fuera del comercio y del libre cambio, no solamente por ser contrarios a los principios modernos de la economía política, sino porque está en pugna con los principios de la justicia y aún de la moral. Debido a estas circunstancias las sustituciones fideicomisarias fueron suprimidas definitivamente, en Francia por el Código de Napoleón, en España por la ley de 27 de Septiembre de 1820, en Italia por su primer código civil.

y en los demás países, inclusive en México por sus leyes civiles derivadas de esas mismas fuentes.

En Guatemala, la constitución del 11 de Octubre de 1825 en su artículo 10 ya contenía la prohibición de las vinculaciones al expresar lo siguiente: "El Estado no reconoce condecoraciones ni distintivos hereditarios, tampoco admite vinculaciones".

3. Origen del "Trust" o Fideicomiso Angloamericano

Conforme opinión de autores modernos: el trust es sucesor histórico de otra institución inglesa aún más antigua: el "uso" (use) por virtud de sus orígenes históricos y de su naturaleza jurídica.

Así como los romanos crearon el fideicomiso como un medio para transmitir herencias a favor de personas incapacitadas legalmente para heredar, es decir, para eludir las restricciones de la ley en materia de sucesiones testamentarias; así también los ingleses inventaron el "Uso" o trust inicialmente como medio de evadir muchas de las prohibiciones, nulidades y cargas legales, el pago de atributos y faltar en el cumplimiento de sus obligaciones impuestas por sus primitivas leyes.

Por varias causas y desde tiempos inmemoriales, se comenzó en Inglaterra la costumbre de que el propietario de una tierra traspasara el dominio de ella a otra persona denominada feoffee to use, a quien en español llamamos fiduciario, con el entendimiento entre las partes de que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo del bien, una tercera persona llamada Cestui que use (fideicomisario), a quien el autor del "uso" quería favorecer, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios de verdadero propietario con respecto al mismo bien. En esta forma, el cesionario recibía el dominio pleno en la cosa a título de propietario en derecho; pero no para que éste la explotara en su propio beneficio, sino con el encargo, confiado a subuena fé, de que lo poseyera para "Uso" exclusivo del Cestui que use (fideico-

misario) en cuyo favor se constituía el uso y explotación absolutos del inmueble traspasado.

Esta costumbre de los ingleses, de condicionar la enajenación de la tierra a un use, trust o confidence ("uso", "Fideicomiso" o "confianza"), a favor del propio cedente o de un tercero designado por él, hizo aparecer ese doble tipo de dominio, propiedad inherente al derecho angloamericano, al que ya se hizo referencia anteriormente: el dominio "legal" reconocido por la ley común estricta (Common Law), que pasa al cesionario nominal (feoffee to use), actualmente llamado trustee o fiduciario y el dominio "beneficioso" o equitativo, llamado en Inglés Equitable, impuesto al comienzo como un deber de conciencia y posteriormente como una institución sancionada por el derecho-equidad (equity), que se constituye a favor de un tercero (cestui que use), actualmente cestui que trust, a quien en castellano se llama fideicomisario. Coexisten simultáneamente, pues, dos propietarios y dos dominios respecto de una misma cosa. Por consiguiente, el dominio legal lo creó y sostiene el common law, y el dominio "beneficioso" o "equitativo" el derecho-equidad.

Como origen principal de la institución del "Uso" señalan los tratadistas del derecho angloamericano, fué la práctica empleada por las corporaciones eclesiásticas en Inglaterra para eludir las prohibiciones que las leyes de manos muertas les imponían en materia de propiedad sobre bienes inmuebles.

Según afirmaciones históricas durante el siglo XII, el clero en Inglaterra llegó a poseer mucha riqueza especialmente en tierras en todo el país, que se hallaban en manos de las asociaciones religiosas, con la inconveniencia de que la propiedad raíz se iba alejando del comercio, era improductiva y se acaparaban los recursos económicos del reino. Para impedir estas anomalías y la acumulación de tierras en manos improductivas o manos muertas, el Parlamento Inglés dictó la ley de Manos Muertas en 1217 prohibiendo que las corporaciones religiosas adquirieran y poseyeran tierras. Para burlar esta ley se acostumbraba enajenar los bienes a una interpósita persona que fuera de la confianza

del clero, para que permitiera a las corporaciones eclesiásticas que "Usaran" las propiedades traspasadas como si fueran suyas en absoluto. En esta forma, la ley y los tribunales de derecho (common Law) reconocían que quien tenía el título de propietario era el adquirente fiduciario (feoffee to use), que no estaba incapacitado para tener esos bienes, y por tanto no había violación de las leyes de manos muertas.

Otro de los casos importantes, por los cuales se utilizó el "Uso" fué la consecuencia de las guerras dinásticas en Inglaterra, entre ellas principalmente la Guerra de las Rosas, que consistía en que el bando vencedor confiscaba los bienes de los vencidos como castigo por el delito de traición que se le imputaba al partido político vencido. Con el objeto de evitar la confiscación y proteger a la familia, los terratenientes que tomaban parte en esas luchas, cedían en propiedad sus bienes a una persona de su entera confianza, con el convenio honrado, de que el cesionario o sea el fiduciario poseería esos bienes para uso únicamente del propio otorgante o de sus herederos. Si en caso, el cedente o fideicomitente caía prisionero en poder de sus enemigos y resultaba condenado por el delito de traición, no había bienes suyos que confiscar, pues los que originalmente le pertenecían, eran ya propiedad del fiduciario a quien él los había traspasado legalmente, y el nuevo propietario no podía ser culpable de ningún delito. Eso sí, el cesionario o fiduciario que recibía esos bienes confiados a su buena fé (in trust que significa en confianza) estaba obligado por dignidad y honradez a permitir que el cedente o fideicomitente o sus herederos efectivamente "usaran" y "disfrutaran" dicho patrimonio.

Así como los casos citados, que utilizaban el "uso", así hay otros muchos, como el caso del traslado fraudulento de sus bienes que hacían los deudores a otra persona, reservándose el "uso" de ellos, con el objeto de eludir a sus acreedores; que sería muy extenso enumerarlos en este modesto desarrollo.

La realidad histórica, en lo que están de acuerdo los exponentes del derecho anglosajón, es que el "uso", precursor del

trust, como el fideicomiso de los romanos frente a las restricciones en materia de sucesiones, fué el artificio creado originalmente por los ingleses para una gran variedad de fines morales e inmorales.

En los primeros tiempos de su aplicación, la institución del "uso" solo constituía una obligación de conciencia a cargo del fiduciario, como propietario legítimo que era del bien que había recibido para uso de otra persona. La situación en la forma antes mencionada daba lugar que a la muerte del fiduciario los bienes pasaban a su heredero libres de esa obligación moral, puesto que este último no había contraído ningún deber de conciencia, extinguiéndose el beneficio del "uso" instituido en favor del fideicomisario. El poder público, durante el reinado de Eduardo IV en el año 1471 en vista de los fallecimientos sospechosos de los fiduciarios, y de su alarmante propagación, emitió una ley disponiendo que los herederos de un fiduciario, recibían la herencia de los bienes puestos en uso, pero con las mismas obligaciones a cargo del autor de la sucesión.

Derivado de esta evolución histórica, la institución del "uso" que precedió al trust se transformó de una obligación moral en un acto de naturaleza jurídica, normado y desarrollado por el derecho-equidad y la jurisdicción de los jueces encargados de su aplicación, los que en parte adoptaron para los "usos" las modalidades que en materia de propiedad establecía el derecho común o common law principalmente en lo relativo a transmisión del dominio entre vivos o por sucesión, así como nacimiento, duración y extinción de este derecho. Así, la ley emitida en tiempos de Eduardo IV confirió categoría de legitimidad a la práctica de los usos, y los reconoció como un derecho que debía recibir protección legal.

Reconocida por la jurisprudencia la validez del "use", amparados los intereses beneficiarios el nuevo instrumento jurídico pronto goza de auge extraordinario, llegándose a su abuso. La práctica de los usos, degeneró al ser utilizados para eludir obligaciones contraídas y burlar derechos, y con el objeto de acabar

con todos los inconvenientes y de paso con la práctica de éstos, el Parlamento Inglés expidió, en el reinado de Enrique VIII, la "Ley sobre Usos" del año 1534, disponiendo, que quien gozara del "uso" sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho. De esta manera cuando una persona poseyera un bien raíz a título de propietario, pero sujeto a uso de otra, la propiedad absoluta en derecho ya no estaría a nombre de esa primera persona (fiduciario), sino que pasaría íntegramente a la segunda o sea el fideicomisario. En consecuencia, según esta ley, todo traspaso de un bien raíz a determinada persona para "uso" de otra, producía el efecto jurídico de transmitir la propiedad, tanto la llamada "legal" como la denominada "equitativa", directamente al fideicomisario del uso, eliminando de plano al fiduciario o intermediario.

La mira de los autores de la Ley sobre usos fué querer abolir la distinción entre esa dualidad de dominios, el "legal" reconocido conforme al "derecho Común" o common law, y el dominio "beneficioso" efectivo según el derecho-equidad o equity.

Si se hubiera realizado totalmente este propósito, en el derecho angloamericano moderno no prevalecería ya esa dualidad de intereses patrimoniales, ni la actual institución del trust o fideicomiso angloamericano conservara la mencionada dualidad de dominios. Pero no se logró tal propósito, porque la institución del "uso" estaba muy arraigada en la vida y costumbres de los ingleses cuando se quiso abolir por una parte, y por otra, esta misma institución había sido creada y sostenida por el canciller y jueces de "equidad", que ejercían un potestad talvez superior a la de los tribunales de "derecho común" por tal motivo el propósito de la "ley sobre usos" quedó finalmente anulado en realidad, por la circunstancia de que el Tribunal de Equidad de Inglaterra y la jurisprudencia que bajo el nombre de equity estableció como derecho rival del common law, preservando así la institución de los "usos" sólo que con el nombre moderno de Trusts.

Tales el origen de los trusts modernos, que en español se les llama fideicomisos, bajo cuya fórmula una gran parte de la riqueza

za nacional es actualmente poseída en todos los países en donde han sido establecidos.

4. Diferencia entre el Fideicomiso Romano y el Fideicomiso Inglés o Trust Anglosajón.

Del contenido de los dos últimos títulos expuestos, o sean: el Fideicomiso Romano y el Trust Inglés se palpa con detenimiento que la naturaleza jurídica e histórica de ambos, es completamente diferente según los alcances anotados.

Unicamente nos resta decir al respecto, que algunos comentaristas ingleses mencionan por vía de semejanza, y además de posible origen, con respecto al Trust Inglés, el fideicomiso romano cuyo nacimiento y naturaleza ya se expuso ampliamente. Sin embargo, los mejores tratadistas ingleses y norteamericanos rechazan esta teoría, afirmando que el fideicomiso romano nació a causa de las prohibiciones que en concepto de herencias y legados existían en las viejas leyes romanas, se utilizó en consecuencia, solamente como un medio de transmitir por testamento bienes herenciales a favor de personas incapacitadas legalmente para heredar, y posteriormente se empleó como una forma de instituir herederos sucesivos para vincular la propiedad raíz en determinadas familias, creando las injustificadas y antieconómicas vinculaciones; además, la persona que recibía tales bienes por lo regular tenía el derecho de gozar y disfrutar de ellos, como primer heredero, antes de restituirlos al fideicomisario o heredero original. En cambio, el Trust debió su origen a una infinidad de causas diversas; se utilizó desde el comienzo para un número ilimitado de objetos, y se ha distinguido principalmente por el hecho de que el cesionario del dominio legal o sea el fiduciario o trustee, en realidad no recibe el bien para gozar y disfrutar del mismo, sino para uso, beneficio y provecho del fideicomisario, a quien también corresponde la facultad de disposición o enajenación, pues estos actos debe ejecutarlos el fiduciario de acuerdo con las condiciones estipuladas en el acto constitutivo del trust o según lo ordene el beneficiario.

Otra diferencia de fondo es la siguiente:

El sistema legislativo Romano, sabemos que se caracteriza por su método de codificación, que surge desde la ley de las Doce Tablas de Moisés (450 A. C.), prosiguc con la ley de las Citas, y podríamos decir que culmina con las institutas, el Digesto o Pandectas, El Codex y Novelas, integrando todos el "Corpus Juris Civilis" promulgado por el emperador Justiniano en los años 529 y 534 de nuestra era, llamado también código de Justiniano, y que hasta la fecha es base del derecho civil en la mayor parte del mundo.

Por el contrario, el Sistema Jurídico Inglés tiene su origen y contextura en las dos grandes ramas, del derecho en Inglaterra, que son: El Derecho estricto de la Jurisdicción de los jueces ordinarios, designado con el nombre de "Common Law", basado en la codificación de la jurisprudencia, originada ésta en los usos y costumbres, la cual era codificada en registros especiales llamados "Reports"; y el "Derecho de Equidad" ejercido por el Rey a través de su Primer Ministro o canciller, constituido en Corte de Equidad; el cual, se desarrolló fuera del ámbito del Common Law, como un ordenamiento supletorio y correctivo de las injusticias aplicadas a los litigantes, por los tribunales ordinarios del mismo "Common Law".

CAPITULO III

EL TRUST INGLES

O FIDEICOMISO ANGLOAMERICANO

5. Concepto y Constitución

Como se especificó claramente en el comienzo del desarrollo de la primera parte del tema, el fideicomiso latinoamericano es originalmente una adaptación del trust inglés, por tal motivo, ampliaremos tal concepto en nuestro estudio, atendiendo a que es la base doctrinaria jurídica, económica y social de nuestra institución fideicomisaria.

Referente al concepto, naturaleza jurídica y definición del trust ya fué tratado con suficiente detalle y amplitud en el título Conceptos Generales, por eso a base de recordatorio se dice que, "El trust es una relación fiduciaria, que respecta a bienes y que sujeta a quien los detenta a la obligación de manejarlos en beneficio de alguien o para la realización de un fin caritativo, y cuya fuente puede ser: una manifestación de voluntad, una sentencia judicial o la ley": o resumiendo, el trust es un patrimonio especializado (independiente) perteneciente al trustee (fiduciario), y regido por un estatuto particular en atención al fin que se persigue.

Con respecto a la constitución de los trusts diremos que han sido agrupados en dos categorías: el trust o fideicomiso Expreso y el implícito. El trust expreso considerado por M. Lepaulle como aquel en que el trustee o fiduciario es libre de aceptar o rechazar su calidad de tal, pueden tener origen en una manifestación de voluntad, en una sentencia judicial o en la ley, en otras palabras, los fideicomisos son expresos cuando nacen de la voluntad de las partes; y los Implícitos que quedan caracterizados por exclusión, son construcciones del derecho jurisprudencial anglosajón destinadas a reforzar la ley y a dar estabilidad a las relaciones jurídicas: en otros términos, el fideicomiso es implícito cuando la ley presume su existencia de actos determinados de las personas. Estos son de dos clases: resulting trusts o fideicomi-

sos resultantes o presuntivos, y los constructive trusts o fideicomisos impuestos por la ley.

Análisis de los diversos personajes y elementos que constituyen el trust: a) El Settlor o Fideicomitente, b) El Trustee o Fiduciario, c) El Cestui Que Trust o Beneficiario, d) Los Bienes y e) La Afectación.

a) **El Settlor:** es el titular del derecho de dominio de los bienes que transmite para constituir el trust o fideicomiso, por expresión de su voluntad y para un fin determinado.

b) **El Trustee o Fiduciario:** En el derecho anglosajón el trustee es una persona natural o jurídica que recibe los bienes que le transmite el settlor, para poner en ejecución el fideicomiso conforme el encargo estipulado en el acto constitutivo.

c) **El Cestui Que Trust o Beneficiario:** En el trust, el fideicomisario es la persona o personas que disfrutan del goce, provecho, y producto de los bienes dados en fideicomiso. A veces el Beneficiario es un tercero o sea el fideicomisario, y otras el propio constituyente o sus herederos.

Cuando se trata de trust Público cuyo fin perseguido, es considerado como directamente útil a la sociedad, el beneficiario es un conglomerado social dado a la humanidad, vale decir, personas indeterminadas.

Con respecto al Trust Privado, el principio legal sustentado es el de que el trust no es válido si no se designa el beneficiario o cestui que trust determinado. Pero la jurisprudencia y autores anglosajones dicen que, hay casos en el trust privado que se constituyen para una finalidad específica que no es de interés social y en que no hay beneficiario, tal sería el caso dicen de un trust para erigir un monumento a la esposa del constituyente.

Por estos casos raros, la exposición doctrinaria del trust no considera como requisito constitutivo absoluto la designación

de un beneficiario al constituir inmediatamente el fideicomiso o trust.

En aquellos trusts en que hay beneficiarios que son los más no es de necesidad notificar a éstos su constitución, ni contar con su aceptación previa para que surja la institución a la vida jurídica.

Señalemos que el rechazo posterior del trust por su beneficiario exclusivo, provoca su terminación; pues hace irrealizable la afectación.

d) **Los Bienes:** Si el trust es un patrimonio sometido a normas especiales, y sí su creación supone, por parte del settlor, la ejecución de un acto de disposición de bienes, la razón más elemental nos indica que la existencia de bienes, objeto del trust, es condición - sine qua non para darle nacimiento.

Bajo este respecto el derecho anglosajón es amplio: pueden ser objeto de trust bienes de cualquier naturaleza, muebles e inmuebles, corporales e incorporeales, fungibles o no fungibles, pero en todo caso es preciso que reúnan tres características indispensables: deben ser bienes presentes, determinados, y debe tratarse de cosas que están en el comercio, concurriendo lo cual toma vida el fideicomiso.

e) **La Afectación:** La noción de afectación es de la esencia misma del trust. Sin ella, el nuevo patrimonio no tiene objeto, el trustee careciendo de misión que cumplir, es una interpuesta persona y el trust, desprovisto de significación, no existe. La afectación puramente es la finalidad, es el destino para el cual, se constituye el fideicomiso.

En síntesis, del análisis anterior se deduce como requisitos esenciales en la constitución del trust:

a) Una manifestación expresa de voluntad del settlor en el sentido de crear actualmente un trust sin reservar sobre el mis-

mo, para sí o terceros, poderes excesivos.

b) Existencia de bienes comerciales y determinados pertenecientes al settlor, o sobre los cuales tenga éste poderes dispositivos.

c) Una afectación lícita.

En el dominio de los trusts, basta, en consecuencia, el acto jurídico unilateral para darles origen. No puede ser de otra manera, pues una sola voluntad es suficiente para promover la concurrencia de los requisitos indicados.

6. Mecanismo del Trust

A) Necesidad de un Trustee. Cualquiera que sea la teoría que se siga frente al problema de la naturaleza jurídica del trust, es forzoso aceptar que el Trustee es un elemento esencial a su funcionamiento. "Si se acepta la teoría de M. Lepaulle, vemos en el trust un patrimonio independiente, un conjunto de derechos, sin sujeto, subordinado a una afectación, es obligatorio buscar quien ejerza esos derechos, pues un trust sin trustee sería dice, como un cuerpo sin alma, masa inerte cuya finalidad no puede cumplirse por falta del elemento voluntad." 8

B) Capacidad del Trustee. Si la constitución del trust es acto jurídico de libre ejecución cuyo efecto directo es formalizar un patrimonio destinado a llevar a cabo una finalidad, la persona designada para desempeñar la función de trustee debe tener aptitud legal suficiente para ejecutar todos los actos y celebrar todos los contratos que normalmente sean necesarios para el logro del fin para el cual fué instituido el trust. El trustee, en consecuencia, debe ser plenamente capaz. La jurisprudencia, al reconocer dicha aptitud, ha tenido el cuidado de establecer como causal de removición del trustee su ineptitud o negligencia (de hecho tanto como de derecho) para administrar los bienes del trust. En esta forma, se pone en manos de los interesados el medio o instrumento

(8) Narciso E. Garay. El Trust Angloamericano y el Fideicomiso Panameño.

destinado a corregir un inconveniente que deriva del espíritu mismo del Derecho de que forma parte la institución.

C) **Misión del Trustee.** Al aceptar el cargo de trustee, nacen para él derechos y obligaciones que tiene que cumplir con la mira de poner en acción o sea ejecutar el fin o afectación para que fué constituido el trust.

D) **Diferencia entre Mandatario y Trustee.** Es corriente encontrar autores que consideran el trustee como mandatario, habiendo diferencias tan marcadas entre ambos.

a) El mandatario es el ejecutor de la voluntad del mandante, ya que solo puede actuar dentro de los términos de su mandato; en cambio el trustee tiene el dominio "legal" del patrimonio fideicomitado, ejecutor de una finalidad, a quien en ciertos casos le es permitido apartarse de las instrucciones recibidas, y, aún proceder en contra de ellas, siempre con aprobación legal.

b) Al mandatario, por regla general, puede ser revocado el mandato por sola voluntad del mandante; el settlor no puede retirar de su cargo al trustee, salvo reserva expresa de poderes para ello.

c) La obligación frente a terceros: en el mandato el mandatario actúa en nombre y representación del mandante, obligándolo frente a terceros con quienes contrate en cumplimiento con el mandato otorgado; en el trust el trustee actúa en nombre propio y de consiguiente sus actos no comprometen al settlor frente a terceros.

d) El mandatario puede delegar su encargo si no se le ha prohibido; el trustee no puede delegarlo.

e) La muerte del mandante provoca la terminación del mandato; la muerte o incapacidad del settlor no afecta la condición del trustee ni la vida del trust." 9

(9) Narciso E. Garay. El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño.

7. Administración del Trust o Fideicomiso.

A) La dirección del nuevo patrimonio impone al trustee el cumplimiento de muchos deberes para lograr dos objetivos esenciales: jurídico el primero, lograr la realización completa y oportuna de la afectación; de orden público el segundo, evitar que el trust constituya fuente de calamidades sociales, como ocurriría si de su existencia resultasen daños para terceros o estancamiento al normal desarrollo de la economía del país por inmovilización de la riqueza pública. Estos dos objetivos sirven de base o fundamento a los deberes principales de la administración del trust siendo los siguientes: a) lealtad, b) indelegabilidad, c) conservación, d) individualidad, e) productividad y f) control.

a) Lealtad. Toda la actuación del trustee debe estar dirigida, única y exclusivamente, a la realización del fin que se le encomendó. De esto se deduce, que el trustee no puede beneficiarse personalmente, o beneficiar a terceros extraños, a expensas de la finalidad del propio fideicomiso. Si en caso el trustee cometiera una anomalía como la apuntada, sería obligado a llevar al acervo del trust las ganancias obtenidas, a soportar personalmente las mermas o pérdidas, experimentadas por el trust. Por eso se dice que el trustee o fiduciario debe desplegar en el desempeño de su cargo el mismo cuidado, honradez y habilidad que emplearía una persona de ordinaria prudencia en el manejo de sus bienes propios.

b) Indelegabilidad. Si el trust es un acto de confianza es lógico que se le prohíba al trustee o fiduciario delegar la misión que se le designó. El principio, sin embargo, no es absoluto, pues tiene sus excepciones, por ejemplo, en el caso de que el fiduciario estuviera imposibilitado para actuar por sí mismo; y también en el caso de los empleados regulares de un trust comercial, pues aunque no tengan uso de la firma o razón social, son parte de una organización que forma un todo y en la cual, el constituyente depositó su confianza.

c) Conservación. El fiduciario como administrador del trust

y como titular del nuevo patrimonio, debe tomar todas las medidas necesarias, en lo material, para prever pérdidas, o deterioros, etc., manteniendo las cosas en lugar apropiado y seguro, disponiendo de ellas cuando así lo amerite su naturaleza o la finalidad perseguida, asegurándolas cuando así lo haría un hombre de ordinaria prudencia; y en lo jurídico, interponiendo todas las excepciones y defensas a que haya lugar, en los juicios promovidos por terceros y que se refieren a cosas del trust, persiguiendo siempre el saneamiento legal del patrimonio fideicomitado.

d) Individualidad. El fiduciario debe mantener individualizados los bienes del trust; debe preocuparse porque el patrimonio especializado permanezca separado y que se pueda identificar. Esta obligación corresponde necesariamente, a razones de protección de los beneficiarios y de terceros acreedores del trust. Para cumplirlo, debe el fiduciario tomar todas las medidas necesarias para evitar que se mezclen los bienes del trust, ya con los suyos personales, ya con los de otro trust, si en caso administra varios trusts. Si en caso se trata de dinero, deberá depositarlo en cuenta especial en los bancos, consignando que deposita en calidad de fiduciario de cierto trust, y si se trata de otra clase de bienes deberá marcarlos, etc., a fin de poderlos identificar fácilmente como pertenecientes al trust.

e) Productividad. El fiduciario está en la obligación de hacer productivos todos los bienes del nuevo patrimonio que administra. La razón es un definido propósito de interés social, procurando que la riqueza puesta en trust, que es considerable en Inglaterra no se paralice y esté constantemente produciendo beneficios.

f) Control. La administración del trust impone al trustee el cumplimiento de llevar un control efectivo de toda su actuación. Con esta base el trustee debe llevar y rendir cuenta detallada, en lo posible documentada, de su administración. La infracción de este deber hace al trustee responsable de cualquier pérdida habida en el trust.

B) Separación del cargo de Trustee: El administrador del patrimonio especializado, deja normalmente de serlo, cuando se llega a la terminación del trust. Pero hay veces en que la fuerza de un hecho, muerte, destitución decretada por mala administración, por ejercicio legítimo de la facultad de renunciar conferida por el acto constitutivo o autorizado por tribunal competente, provoca con anterioridad la cesación del trustee en sus funciones y la designación de un sustituto que lo reemplace.

Quiere decir que con la muerte del trustee no se entorpece la buena marcha del trust, porque hayan o se puedan nombrar nuevos sustitutos.

La destitución del trustee se puede presentar por remoción extrajudicial, en los dos casos siguientes: a) Cuando el Settlor ha reservado poderes modificatorios y hace uso de ellos, y b) Cuando en un trust de exclusivo interés privado, los beneficiarios, siendo plenamente capaces, acuerdan remover y reemplazar al trustee.

C) Renuncia del trustee. En sentido general, aceptado el encargo que se le hace, no puede el trustee renunciarlo. No obstante puede presentar su renuncia en los siguientes casos: 1°.) Cuando ha sido facultado para ello en el acto constitutivo. 2°.) Cuando tiene razonables motivos y le es aceptable judicialmente, y 3°.) En los trust de exclusivo interés privado en que incumbe a los beneficiarios decidir si la aceptan o no. Lo anterior afirma que el mecanismo del trust está organizado en forma tal que jamás el solo cambio de trustee puede hacer peligrar su éxito.

D) Terminación del Trust. El trust es un acto jurídico; esencialmente temporal o transitorio, su duración en el tiempo, sin perjuicio de ser indefinida, es siempre limitada, por lo que indefectiblemente llega el día de su extinción.

CAPITULO IV

FIDEICOMISO LATINOAMERICANO

8. Nociones Generales del Fideicomiso

Hemos dicho anteriormente que el fideicomiso latinoamericano es una adaptación del trust anglosajón.

"En la elaboración de las leyes Boliviana, Chilena, Colombiana y Peruana sobre fideicomiso, tuvo influencia directa e importancia decisiva la gira de estudio realizada por la misión de financistas norteamericanos que encabezara Edwin Walter Kemmerer por una parte; y por otra, los textos legales de algunos otros países también de América Latina, están inspirados por un estudio del Dr. Ricardo J. Alfaro, autor de la ley Panameña de fideicomisos, "sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al trust del derecho inglés." 10

El Dr. Alfaro en su estudio del fideicomiso, comienza por admitir la naturaleza jurídica del trust tal cual la explican los autores anglosajones, vale decir, apoyada en el concepto dual del derecho de propiedad (legal y equitativo), inadmisibles en nuestros códigos por ser el dominio un derecho exclusivo; busca después la fórmula jurídica latina que a su juicio presenta mayor similitud con el trust, y tomándola por base construye sobre ella el nuevo fideicomiso.

El jurista istmeño según dice: no ha pretendido desentrañar el misterio institucional del trust, ni pasa por su mente el concepto o noción patrimonial del trust. Su propósito, guiado más por lo práctico que por lo especulativo, fué el de crear para el derecho latino una institución dúctil que permitiese alcanzar los mismos resultados que con el trust logra el derecho anglosajón.

La figura jurídica del fideicomiso a dado origen a controversia

(10) Narciso E. Garay. El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño.

sias en cuanto a definición se refiere entre los distintos autores de la materia.

Además, de las definiciones dadas anteriormente que se consideran aceptables y apropiadas, y para los fines de orientación general del fideicomiso, puede definirse, diciendo que, es el acto jurídico contractual o testamentario en virtud del cual una persona (fideicomitente) hace entrega a otra (fiduciario) de bienes destinados a un fin lícito, que puede ser el de beneficiar a una persona determinada (fideicomisario).

El fideicomiso puede ser: Expreso e Implícito.

Es expreso cuando el fideicomiso nace de voluntad de las partes; y es implícito cuando la ley presume su existencia de actos determinados de las personas.

Al respecto, se destacan dos características peculiares en el fideicomiso que se practica en México y algunos otros países de Latinoamérica, a saber: a) Debe ser siempre expreso y hacerse constar en un contrato, lo que presenta la imposibilidad de que se establezca el fideicomiso en forma implícita, y b) es de naturaleza institucional, por cuanto a que el desempeño de la función fiduciaria está limitado a una institución de crédito debidamente autorizada por el Estado para operar como tal.

Estas dos características, además de distinguir al fideicomiso latino del trust anglosajón y del angloamericano, lo dotan de protección y seguridad en beneficio de los sujetos que intervienen en su constitución y funcionamiento si se considera principalmente, que quien desempeña el cargo de fiduciario debe ser una institución de reconocida solvencia que, además de garantizar permanencia y continuidad en la labor fiduciaria, es una institución técnicamente especializada, sujeta al control y a la vigilancia del gobierno respectivo.

Los fideicomisos puede ser públicos y privados.

Los primeros son los que se instituyen para fines de beneficencia pública o privada y también para finalidades de interés social. Los

segundos se crean para beneficio y utilidad de persona o personas determinadas, en toda clase de operaciones civiles y mercantiles al transmitir bienes en la forma de fideicomiso, ya sea a título oneroso o gratuito.

El fideicomiso puede ser constituido por testamento o por acto entre vivos.

Por testamento se puede constituir un fideicomiso para que surta sus efectos, y principie a funcionar después de la muerte del fideicomitente. En estos casos podrá constituirse cualquier clase de fideicomisos, siempre que el testamento llene los requisitos de validez exigidos por la ley; de lo contrario sería nulo.

La segunda forma comúnmente empleada para la creación del fideicomiso, es por acto entre vivos, y tanto el código civil en vigor, como las demás leyes del país, aceptan dicha forma como la más frecuente en la práctica.

La existencia legal del fideicomiso comienza cuando la institución fiduciaria acepta el cargo. Una vez aceptado el cargo, el fideicomiso es irrevocable.

La aceptación puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando el fiduciario categóricamente manifiesta su aceptación y así lo hace constar en la misma forma en que se constituyó el fideicomiso, es decir, que si el fideicomiso se constituyó por escritura pública, la aceptación del fiduciario deberá constar en la misma escritura de constitución o en otra escritura separada, pero siempre con las mismas formalidades de ley.

La aceptación tácita, es la que puede deducirse de los actos del fiduciario, que cumple con las estipulaciones del fideicomiso, sin haber manifestado previamente su aceptación.

Una vez que el fiduciario ha aceptado su encargo, ya sea en forma expresa o tácita, no puede negarse después a cumplir con las obligaciones que como tal le corresponden.

El fideicomiso es un acto jurídico, esencialmente temporal o transitorio, su duración en el tiempo, sin perjuicio de ser indefinida, es siempre limitada, por lo que inexorablemente llega el día de su extinción. Al finalizar su plazo el fiduciario debe entregar los bienes, ya sea al fideicomitente o al fideicomisario, según se haya convenido; así también debe rendir cuentas de su actuación.

Al constituir un fideicomiso sobre bienes muebles, la simple traslación de la posesión de los mismos, o sea del fideicomitente al fiduciario, formalizaría el cambio de propietario; no sucede lo mismo con los bienes inmuebles, en donde no basta la simple traslación de la posesión, pues la ley únicamente reconoce como propietario de un inmueble aquél a cuyo favor aparece inscrito en los registros de la propiedad inmueble, y también es necesario para que la transmisión de dominio correspondiente surta efectos frente a terceros.

Es conveniente recordar que para la constitución del fideicomiso ya sea por acto entre vivos o por testamento, la capacidad legal de las partes contratantes es requisito indispensable.

9. Constitución del Fideicomiso

Los elementos básicos del fideicomiso son: a) Sujetos; b) objeto o Patrimonio Fideicomitado; y c) Afectación o finalidad.

Como sujetos del fideicomiso figuran, el fideicomitente, el fiduciario, el fideicomisario o beneficiario, y en las instituciones fideicomisarias de algunos países como México actualmente complementa a este organismo un Comité Técnico.

Con respecto al objeto o Patrimonio fideicomitado, se refiere a la materia del fideicomiso o sea los bienes afectados al mismo, pudiendo ser: bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporeales, presentes y futuros. Estos bienes deben estar en el comercio; y deben ser determinados o determinables en cuanto a su especie.

La afectación o fin comprende la finalidad que se persigue con el acto de fideicomiso.

La forma de constitución del fideicomiso, ya sea contractual o testamentaria, debe constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de derechos o de propiedad de los bienes que se den en fideicomiso.

10. El Fideicomitente.

Las condiciones o requisitos que deben concurrir en el constituyente, para la plena eficacia del acto destinado a crear un fideicomiso, se enumeran a continuación:

- a) Ser dueño de los bienes objeto del acto.
- b) Tener aptitud legal suficiente para disponer de ellos. Esta facultad legal le da derecho para transmitir sus bienes a un fiduciario para la realización de sus propósitos. De aquí surge el hecho de que se considere la voluntad del fideicomitente como fuente del fideicomiso, siendo como es la persona que lo crea mediante una manifestación de su propia voluntad. Sólo pueden ser fideicomitentes las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para disponer de sus bienes, libertad legal que implica este acto jurídico. Se reconocen además, para actuar como fideicomitentes a las autoridades públicas con facultades legales, cuando se trate de bienes cuya disposición les corresponda.
- c) Reservar para sí, para el fideicomisario o para tercera persona, según su voluntad, derechos sobre el objeto del fideicomiso.
- d) Los derechos, facultades y obligaciones del fideicomitente deben quedar claramente consignados en el título que contenga la constitución del fideicomiso. Así, puede reservarse el derecho a pedir cuentas y a exigir responsabilidades al fiduciario, así como a revisar la administración y ejecución del fideicomiso.
- e) Percibir los beneficios del fideicomiso, si se designó así mismo fideicomisario.



f) El fideicomitente tiene el derecho de pedir la remoción del fiduciario, si éste al pedírselo no rinde cuentas de su gestión o cuando sea declarado, por sentencia ejecutoria culpable de pérdidas o menoscabo de los bienes entregados en fideicomiso o responsable de pérdidas por su negligencia comprobada.

g) Puede ejercitar acción de responsabilidad contra el fiduciario en casos justificables, y los demás derechos que expresamente se haya reservado, y que no sean incompatibles con el mínimo de derechos que corresponden a la institución fiduciaria y al fideicomisario.

h) El fideicomitente puede dar al fideicomisario los sustitutos que quiera para el caso de que no pueda o no quiera aceptar el fideicomiso o de que habiéndole aceptado fallezca antes de su ejecución. Lo mismo puede hacer nombrando no sólo uno, sino dos o más fiduciarios; y siempre que no esté constituyendo un fideicomiso sucesivo, los beneficiarios o fideicomisarios designados deben estar vivos si ocurriere la muerte del fideicomitente.

i) Si los derechos que el fideicomitente se reservó en el acto constitutivo del fideicomiso, o los que fije la ley, no son de los que se extinguen con la muerte, estos derechos pasarán a sus herederos, es decir para el caso de la restitución de los bienes fideicomitados.

j) Por último es interesante anotar que una institución fiduciaria puede afectar en fideicomiso los bienes que posee en calidad de fiduciario si el acto constitutivo del fideicomiso respectivo le da poderes suficiente para ello; esto ocurre y lo permite la legislación mexicana.

11. El Fiduciario: Derechos y Obligaciones.

Según el derecho anglosajón puede ser fiduciario toda persona natural, y las jurídicas organizadas para ese fin o cuyos estatutos no se opongan al ejercicio de esa actividad. En cambio, en

las legislaciones de algunos países latinoamericanos, incluyendo México y Guatemala solamente pueden fungir como fiduciarias las instituciones de crédito legalmente autorizadas, principalmente los bancos.

El impedimento legal para que personas ajenas a las Instituciones de Crédito, puedan actuar como fiduciarios, tipifica el fideicomiso como acto de comercio.

Para ejercer las funciones de fiduciario es indispensable la capacidad legal para adquirir y poseer en propiedad bienes de la clase y calidad sobre los cuales se pueda legalmente constituir fideicomiso. El fiduciario debe tener suficiente competencia para manejar el patrimonio fideicomitado de acuerdo con el convenio establecido en el contrato respectivo o según las instrucciones de los beneficiarios.

El fiduciario podrá ejecutar el fideicomiso con base en todas las facultades y derechos que se le otorguen y obligaciones que le impongan, todo lo cual debe constar en el título de fideicomiso.

Es motivo de remoción del fiduciario por el incumplimiento de las instrucciones del fideicomitente contenidas en el acto constitutivo del fideicomiso.

Doctrinalmente algunos peritos en la materia, estiman que, los únicos derechos del fiduciario se reducen a dos, a) El de reclamar sus honorarios por sus servicios fideicomisarios y b) El de renunciar al fideicomiso en los casos previstos por la ley. De allí que la ley mexicana estipula expresando que: "Solo se estimarán como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso:

a) Que el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo con el acta constitutiva del fideicomiso;

b) Que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomi-

sario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria: y

c) Que los bienes o derechos dados en fideicomiso, en su caso, no rindan productos suficientes para cubrir estas compensaciones". 11

"Los actos que el fiduciario realiza en la ejecución de las obligaciones que el acto constitutivo del fideicomiso le impone se identifican generalmente con los actos que tendría la facultad de llevar a cabo si tuviera la propiedad de los bienes fideicomitados. Por eso parecería a primera vista que la realización de estos actos corresponde al ejercicio de un derecho por parte del fiduciario; pero un análisis detenido impone la conclusión de que en realidad esta actividad del fideicomiso no consiste en el ejercicio de derechos, sino en el cumplimiento de obligaciones". 12

Se podrá deducir responsabilidad al fiduciario siempre que la destrucción o pérdida de los bienes fideicomitados suceda, o se deba a descuido, negligencia o malicia de su parte.

Es prohibido al fiduciario disponer de los bienes fideicomitados en forma distinta o contraria a la establecida en el fideicomiso.

El fiduciario será separado del cargo: a) Cuando tuviere intereses personales antagónicos a los intereses del fideicomiso; b) Cuando malversare o administrare con dolo o culpa los bienes fideicomitados; y c) Por inhabilidad o impedimento, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad o impedimento.

Muerto el fiduciario o separado del cargo por cualquier causa, los inmuebles inscritos a su nombre en el registro de la propiedad inmueble serán inscritos a nombre del sustituto que lo reemplace; y el fiduciario muerto o separado o sus herederos restituirán al sustituto los muebles que aquel tuviere en su poder.

El fiduciario debe llevar y rendir cuenta detallada, debida-

(11) Comisión Banco de Guatemala. Memorandum 2/XII/65. Estudio de las operaciones de Fideicomiso en México.

(12) Comisión Banco de Guatemala. Memorandum 2/XII/65. Estudio de las operaciones de Fideicomiso en México.

mente documentada, de su administración. La infracción de este deber hace al fiduciario responsable de cualquier pérdida experimentada por el fideicomiso. A menos que en el acto constitutivo la haya señalado el instituyente, no existe época fija de rendición de cuentas, esta operación puede serle exigida al fiduciario en cualquier momento y, a su vez, éste puede obtener de autoridad competente la revisión y aprobación de las cuentas que lleva a pesar de no habersele solicitado la rendición de ellas. Puede pedir la ejecución de este hecho, el beneficiario del fideicomiso y todas las personas a quienes la ley o el acto constitutivo haya conferido dicha facultad.

El fiduciario debe informar el beneficiario o beneficiarios acerca de la naturaleza y monto de los bienes que actualmente componen el fideicomiso, y permitir su inspección.

Dentro de las facultades para actos de simple administración concedidas al fiduciario están las de efectuar reparaciones y mejoras; esto se deriva de la obligación que tiene de velar por el buen estado y conservación de los bienes recibidos en fideicomiso. Consecuentemente, el fiduciario debe ser autorizado a cubrir todos los gastos que considere indispensables para llevar a cabo las finalidades del fideicomiso.

Ejercitar los derechos de propiedad con las limitaciones acordadas con el fideicomitente, sobre los bienes y derechos fideicomitados, atendiéndolos y defendiéndolos, ya en juicio o fuera de él.

El fiduciario debe recibir por sus servicios prestados sus honorarios correspondientes, remuneración que está instituida en nuestra carta Magna como garantía constitucional.

Ejercer directamente la administración del fideicomiso, lo mismo que la administración del patrimonio fideicomitado, pero en casos especiales, podrá delegar esta administración bajo su estricta responsabilidad y conforme lo regula la ley.

Si sobre los bienes fideicomitidos existiera gravamen o hipoteca, la institución fiduciaria debe cumplir con el pago y demás obligaciones contraídas al respecto, en el entendido que todo pago se hará con recursos del fideicomiso.

Mantener en forma permanente la solvencia de todos los impuestos que afecten la administración del patrimonio fideicomitado.

El elemento confidencial del fideicomiso debe ser mantenido y respetado por el fiduciario.

Dentro de las facultades de dominio conferidas al fiduciario, se encuentran las de enajenar, permutar y donar, así como las de obtener créditos y gravar los bienes fideicomitidos, siempre que estos actos estén comprendidos dentro de la finalidad del fideicomiso, o por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad para el beneficiario, debidamente justificada y aprobada por el interesado. En los actos de simple administración se puede conferir al fiduciario facultades para arrendar, siempre que el plazo del arrendamiento no sea mayor al del fideicomiso y tomando como base su obligación de hacer productivos los bienes correspondientes.

Mantener indefectiblemente, cubierto contra toda clase de riesgos asegurables, el patrimonio fideicomitado; en todo caso, el gasto de este seguro se cubrirá con fondos o productos del fideicomiso.

En fin, el fiduciario debe emplear en la administración del fideicomiso el cuidado y dedicación comparable al de un buen padre de familia.

12. El Fideicomisario

El Fideicomisario debe desde luego tener la capacidad de goce necesaria para recibir el beneficio que el fideicomiso le ha de reportar.

Aparte de los derechos consignados a su favor en el acto constitutivo del fideicomiso, tiene la facultad de exigir el cumplimiento del fideicomiso al fiduciario; de tomar las medidas necesarias para la seguridad de los bienes, si éstos estuvieren en peligro de pérdida o de menoscabo en poder del fiduciario; además puede discutir los actos del fiduciario cuando tales actos le causen perjuicios, sean de mala fé o se estén excediendo de las facultades otorgadas.

El fideicomitente puede designar un fideicomisario, varios fideicomisarios, o no designar fideicomisario. La designación de varios fideicomisarios, puede ser efectuada para que: a) Simultáneamente reciban los beneficios del fideicomiso, y b) Para que sucesivamente perciban dichos beneficios.

Son prohibidos los fideicomisos en que hay orden sucesivo y conocidos generalmente bajo de las denominaciones de familiares, perpetuos, graduales y sucesivos. Se entiende que hay orden sucesivo en el fideicomiso, cuando éste concede el mismo beneficio a dos personas distintas y la segunda debe recibir por muerte de la primera.

La ley prohíbe que el fiduciario sea a la vez fideicomisario. En efecto, en tal situación el fiduciario recibiría, en muchos casos, una donación. Además de esta consideración este precepto tiene como fundamento impedir que los deudores de los bancos constituyan en éstos y a favor de los mismos, fideicomisos de garantía de sus adeudos.

El fideicomisario puede ceder su derecho sobre un fideicomiso, siempre que esto no esté prohibido por la ley y lo permita la naturaleza de su derecho.

En su calidad de beneficiario, el fideicomisario adquiere el derecho de recibir del fiduciario y con cargo a los recursos fideicomitados las prestaciones estipuladas a su favor en el acto constitutivo del fideicomiso.

El fideicomisario tiene el derecho de pedir la remoción del

fiduciario por incumplimiento de las obligaciones contraídas en el acto de fideicomiso. Además, la ley concede dos acciones contra el fiduciario que incumpla sus obligaciones: la impugnación de la validez de los actos indebidamente celebrados por éste y la reivindicación de los bienes que el fiduciario haya enajenado en violación de los términos de contrato de fideicomiso.

13. Comité Técnico

"La teoría de M. Lepaulle citada anteriormente, al referirse a los dos elementos que intervienen en la afectación o sea a la finalidad que persigue el trust, comprende a las "Directivas referentes a la distribución de fondos. Estos fondos son distribuidos de acuerdo con las prescripciones del settlor o fideicomitente".¹³

La legislación mexicana comprende también como sujeto del fideicomiso, además, del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, el Comité Técnico o de Distribución de Fondos.

La legislación mexicana le dá un realce extraordinario al Comité técnico, ya que por virtud del mismo dicho comité, es no sólo un órgano de decisión independiente del fiduciario y totalmente ajeno a éste, sino que también un sujeto del fideicomiso cuyas facultades son ejercidas bajo su exclusiva responsabilidad. De esto se desprende que la legislación referida dice que: " Cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos del comité técnico, estará libre de toda responsabilidad".¹⁴

Una de las ventajas que tiene la institución de un comité técnico es que permite a un banco fiduciario aceptar fideicomisos cuya finalidad exige el desempeño de actividades ajenas a las funciones normales de un banco. Por ejemplo, resulta imprescindible constituir un comité técnico en un fideicomiso para el otorgamiento de becas a estudiantes meritorios, de premios a las mejores obras científicas, etc., ya que las decisiones que el desempeño de estos fideicomisos requiere son ajenas a la esfera propia de la actividad bancaria. En los fideicomisos gubernamentales resulta útil la institución de comités técnicos integrados por

(13) Narciso E. Garay. El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño.

(14) Comisión Banco de Guatemala. Memorándum 2/XII/65. Estudio de las operaciones de Fideicomiso en México.

representantes del fiduciario, del gobierno y de los sectores privados interesados en el fideicomiso respectivo, cuya gestión se realiza, gracias a la institución de estos comités, en una forma paritaria. Las obligaciones del comité técnico se contraen al ejercicio de las facultades que le confiere el acto constitutivo del fideicomiso. Los miembros que lo integran son desde luego responsables de toda culpa en que incurran en el desempeño de sus cargos.

14. Extinción del Fideicomiso

a) El fideicomiso es un fenómeno jurídico, esencialmente temporal o transitorio, su duración en tiempo, sin perjuicio de ser indefinida, es siempre limitada, por lo que indefectiblemente llega el día de su extinción.

Un fideicomiso se constituye para llenar un fin, obtenido el objetivo, se ha cumplido su finalidad y esa realización del fin viene a dar por terminada la relación entre los participantes en el fideicomiso.

Empero el fideicomiso puede expirar sin haberse realizado los fines que se tuvieron en vista al constituirlo. Sabemos que el fideicomitente es amo y señor en la constitución del fideicomiso y que dentro de sus posibilidades cabe la de dejarlo sujeto a modalidades que pueden anticipar su extinción y así puede venir por condición resolutoria, citando uno de los casos, no podemos dejar escapar la oportunidad para significar que el ejercicio de un poder revocatorio, reservado en el acto constitutivo, entraña en realidad el cumplimiento de una condición resolutoria.

b) Plazo Extintivo: es el vencimiento del plazo final o extintivo, es decir, la llegada del día prefijado en el acto constitutivo como de la terminación del fideicomiso.

c) Imposibilidad de Ejecución: Para que la imposibilidad de ejecutar los fines del fideicomiso produzca la terminación del mis

mo, es necesario que sea absoluta. Es la idea esencial, objetivamente determinable, que todo fideicomiso lleva implícita, la que, por hacerse irrealizable en forma absoluta, pone fin al funcionamiento de la institución.

La renuncia del beneficiario en cuyo exclusivo interés fué creado el fideicomiso también lo extingue. Si el fideicomisario al notificársele la constitución del fideicomiso, lo rechaza o repudia, hace imposible la realización de los fines. Lo mismo que con su muerte si no hay sucesores o sustitutos.

Otro tanto sucede con la destrucción total de las cosas que forman todo el elemento patrimonial activo, de manera que, faltando los bienes necesarios, sea imposible realizar la afectación o fin.

d) Por confusión. Si la calidad de fiduciario y fideicomisario se llegaran a confundir en una misma persona, esta circunstancia terminará al momento con el fideicomiso.

e) Voluntad. El fideicomiso se extingue cuando el fideicomitente es además el único beneficiario. También se le pone fin al fideicomiso por el acuerdo unánime adoptado personalmente en ese sentido por el fideicomitente y todos los beneficiarios.

f) Efectos de la Terminación. Generada una causal de extinción, nace para el fiduciario la obligación de liquidar. Sin entrar al detalle de este proceso, se puede sintetizar en los dos puntos siguientes: a) El fiduciario continuará administrando hasta dar término a las operaciones pendientes al tiempo de la extinción, y b) concluidas las operaciones el fiduciario restituirá el remanente de los bienes del fideicomiso a las personas indicadas en el acto constitutivo.

CAPITULO V

APLICACIONES DEL FIDEICOMISO

15. Introducción

Con base en las experiencias adquiridas en las diversas instituciones de crédito en los países de latinoamérica, principalmente en México, se saca en consecuencia, que el fideicomiso ha sido utilizado como instrumento de gran importancia para la realización de múltiples operaciones, tanto con finalidades de interés social como particular, así sean realizadas éstas por los gobiernos respectivos (fideicomiso público) o por departamentos fiduciarios de la banca privada y demás instituciones de crédito autorizadas (fideicomiso privado).

Puede decirse, asimismo, que las operaciones con finalidades de interés social son un factor coadyuvante al impulso del desarrollo económico nacional en general, puesto que por intermedio de las mismas son fomentados, en considerable magnitud, el comercio exterior, la agricultura, ganadería, avicultura, industria y vivienda de interés social.

Las operaciones con finalidades de interés particular o sea las que realiza la banca privada, tienen efectos favorables en el medio financiero del país. Por una parte, permiten a los bancos del sistema ampliar el campo de sus operaciones; por otra parte, no sólo despiertan en el público el hábito de hacer uso de los servicios bancarios, sino que, consecuentemente, logran canalizar capitales hacia finalidades prácticas, los que de otra manera permanecerían ociosos o bien en manos de personas incapaces de administrarlos convenientemente. También, las operaciones fiduciarias de banca privada contribuyen a una mayor dinamización del mercado de valores, al ser realizadas las mismas en forma de fideicomisos diversos, cuya finalidad sea invertir en valores los fondos fideicomitidos.

A pesar de que tradicionalmente la aplicación del fideicomi-



so se sitúa en el campo del fideicomiso privado, la extraordinaria flexibilidad de la institución ha hecho posibles muchas aplicaciones de la misma en el sector público.

El Gobierno Federal de México, desde hace ya muchos años, constituye con fondos del Estado, fideicomisos en bancos privados con el fin de atender necesidades públicas de diversa índole. Siguiendo la práctica en México, en lo que respecta a la aplicación del fideicomiso en el sector público, consiste en la creación, por parte del Gobierno Federal, de fideicomisos en el Banco de México. Los más importantes de estos fondos fideicomitados son los cuatro siguientes: a) "Fondo para el Fomento de las exportaciones de Productos manufacturados, b) Fondo de Garantía y Fomento para la Agricultura, Ganadería y Avicultura, c) Fondo de Garantía y Apoyo a los créditos para la vivienda, y d) Fondo de Operación y descuento Bancario a la Vivienda". 15

Cada uno de estos fondos o patrimonios fideicomitados ha sido creado por la ley Federal, con base en la cual, la Secretaría de Hacienda del Gobierno Federal, en representación de éste, ha celebrado el contrato de fideicomiso respectivo con el Banco de México. Los recursos fideicomitados han sido aportaciones del Gobierno Federal en función de fideicomitente.

La finalidad de estos fondos o patrimonios nacionales fideicomitados consiste en asistir a la banca privada para que canalice recursos hacia áreas de interés social, que de no existir tales fondos, recibirían menos atención crediticia. Esta característica explica por qué estos fondos solamente realizan sus operaciones con bancos privados, beneficiarios de su apoyo crediticio de segunda instancia.

"Salvo el Fondo de Garantía y Apoyo a los créditos para la vivienda, los fondos en cuestión están facultados para captar recursos mediante la contratación, por parte del fondo respectivo, de empréstitos concedidos por entidades distintas del fideicomitente, y sin que estos préstamos estén garantizados específicamente por los fondos originalmente fideicomitados. Desde el punto de vista

(15) Comisión Banco de Guatemala. Memorándum 2/XII/65.
Estudio de las operaciones de Fideicomiso en México.

jurídico es posible que esto no encaje perfectamente dentro del esquema clásico del fideicomiso, ya que el eje patrimonial de éste debería, en rigor consistir exclusivamente en los bienes afectos en fideicomiso y los que se deriven de éstos ". 16

Otro rasgo común de los cuatro fondos apuntados radica en que sus gastos de operación son, por lo menos en parte, costeados con cargo a los recursos fideicomitados o mejor dicho, a los rendimientos de los mismos, ya que estos fondos son financieramente autónomos.

También cabe anotar, que cada fondo está dotado de personal exclusivamente a su servicio y cuya remuneración generalmente corre por cuenta del patrimonio fideicomitado.

16. Certificado de Participación

Como Títulos de Crédito Representativos de Bienes Fideicomitados se considera el CERTIFICADO DE PARTICIPACION; que es una aportación original del derecho mexicano al derecho mercantil de los países de tradición latina.

"El Certificado de Participación puede definirse como un título de crédito que representa el derecho que el mismo confiere a sus tenedores sobre bienes fideicomitados y que es emitido por la institución fiduciaria encargada del fideicomiso respectivo, de acuerdo con los términos del acta de emisión que contiene, entre otras cosas, la determinación de los derechos de los tenedores.

Como título de Crédito, los certificados de participación tienen todas las características (incorporación, literalidad, autonomía, efectos legitimadores) que determinan las disposiciones generales de la ley General de Instituciones de Crédito y organizaciones Auxiliares. La base necesaria de una emisión de certificados es la existencia de bienes fideicomitados, ya que precisamente la finalidad de estos títulos es la de conferir a sus tenedores ciertos derechos sobre los mismos". 17

16) Comisión Banco de Guatemala, Memorándum 2/XII/65.
Estudio de las operaciones de Fideicomiso en México.

(17) Comisión Banco de Guatemala, Memorándum 2/XII/65.
Estudio de las operaciones de Fideicomiso en México.

Tres son los posibles tipos de derechos que los certificados de participación pueden conferir a sus tenedores: a) "El derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquiera clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita; b) El derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores; c) O bien, el derecho a una parte alícuota del producto neto que resulta de la venta de dichos bienes, derechos o valores". 18

Se puede afirmar por lo tanto, que los certificados de participación dan a los titulares de los mismos algunos o la casi totalidad de los derechos que un propietario normalmente tiene sobre el bien objeto de su derecho de dominio.

Los certificados de participación pueden ser: a) Ordinarios, cuando los bienes fideicomitidos base de la emisión son muebles; y b) Inmobiliarios, cuando los bienes son inmuebles.

El motivo que impulsa a todo fideicomitente para la constitución de un fideicomiso, consiste en la imposibilidad de realizar por si mismo la finalidad que persigue. Esta imposibilidad puede ser causada por incompetencia personal o por falta de tiempo ya sea por parte del fideicomitente o de personas de su confianza capaces de ejecutar sus deseos.

17. Clasificación del Fideicomiso

Existen algunas características que se relacionan más bien con la práctica del fideicomiso, entre ellas el destino u objeto, que han dado origen a la siguiente clasificación: a) Fideicomiso de Inversión, b) Fideicomiso de Administración, c) Fideicomiso de Garantía y d) Fideicomiso de Financiamiento.

18. Fideicomiso de Inversión

(18) Comisión Banco de Guatemala. Memorándum 2./XII/65.
Estudio de las operaciones de Fideicomiso en México.

Esencialmente estos fideicomisos, consisten en la entrega de efectivo y valores por parte del fideicomitente a una institución fiduciaria, con el propósito de que ésta lo maneje o invierta, ya sea en la adquisición de nuevos valores o en la concesión de préstamos.

Por medio del fideicomiso de inversión, el fiduciario se ocupa de la colocación de capitales por cuenta y riesgo del fideicomitente o del fideicomisario, cobrando una comisión que puede fijarse sobre el monto del patrimonio o de los productos.

Generalmente el departamento fiduciario es quien determina en qué clase de valores se han de invertir los fondos recibidos; pero también sucede que el fideicomitente podría tener especial interés en cierto tipo de valores, de manera que en el contrato estipularía cuáles son los que preferiría.

Para la selección de los valores, el fideicomitente puede:

" 1°.) Indicar concretamente las inversiones que debe realizar la institución fiduciaria;

2°.) Determinar el tipo de inversión que pueda efectuar la institución fiduciaria, dejándole la facultad de seleccionar dentro del límite señalado; y

3°.) Sujetar la decisión de la institución fiduciaria a la aprobación del fideicomisario, del fideicomitente o de un representante de éstos". 19

Es importante señalar que los valores en que inviertan los fondos fideicomitados las instituciones fiduciarias, deben ser de los que previamente ha aprobado la comisión nacional de valores; debiendo seleccionar estas inversiones aplicando un criterio juicioso.

Cuando una empresa industrial o comercial siente la necesidad de ampliar su equipo en gran escala, o de crear una sucursal

(19) Norberto Rodolfo Castellanos Díaz. El Fideicomiso Su Proyección para Guatemala.

o filial, para conseguir una suma de dinero razonable para tal fin, tendría que ir integrando un fondo suficiente. Para lograrlo tendría que colocar en un negocio de fideicomiso de inversión garantizada, los fondos parciales que con el tiempo ha ido acumulando, para que con los rendimientos obtenidos, se integre en menos tiempo el deseado fondo de inversión.

Existe también el fideicomiso de inversión no garantizada, o sea, aquel en el que la institución fiduciaria no puede garantizar al fideicomisario un rendimiento fijo, porque la selección de inversiones se va haciendo con las variaciones ventajosas del mercado, con lo cual podría obtenerse un mayor rendimiento. En esta clase de fideicomisos, tampoco puede la institución fiduciaria garantizar al inversionista la integridad de su patrimonio fideicomitado, ni la posibilidad de devolvérselo en efectivo, tal como fué recibido, en cambio, el banco le facilita al fideicomitente su experiencia en materia de selección de inversiones, y le sugiere un grupo de ellas.

En este fideicomiso, el inversionista en valores o en créditos, encuentra un conjunto de ventajas consistentes en que la institución fiduciaria es quien selecciona y maneja las inversiones y también la encargada de su total administración.

19. Fideicomiso de Administración

El fideicomiso de administración se realiza cuando el fideicomitente transfiere bienes principalmente inmuebles a la institución fiduciaria para que se encargue de su manejo y control, en provecho del fideicomisario que puede también ser el mismo fideicomitente.

En estos fideicomisos de administración generalmente se autoriza a la institución fiduciaria para celebrar contratos de arrendamiento, cobro de rentas, venta de bienes, pago de toda clase de impuestos, para la promoción de juicios de deshaucio, para reparaciones y mejoras en los bienes inmuebles; si se trata de bie-

nes rústicos se autoriza a la institución fiduciaria para su explotación, todo ello en interés del beneficiario.

El fideicomiso de administración es utilizado por múltiples causas, entre las principales están las siguientes: la gran cantidad de negocios del fideicomitente que se le hace imposible atenderlos en debida forma; en otros casos, la edad avanzada del instituyente, la falta de experiencia, la falta de capacidad para los negocios, el tener que residir fuera del país por razones varias.

Las condiciones de este fideicomiso así como los derechos y obligaciones de los sujetos contratantes se especificarán en el acto constitutivo del fideicomiso.

Las modalidades y las diferentes formas del fideicomiso de administración permite la siguiente subdivisión:

- 1°.) Fideicomisos Testamentarios.
- 2°.) Fideicomisos para asegurar gastos de educación.
- 3°.) Fideicomisos para asegurar pensión alimenticia.
- 4°.) Fideicomisos para aseguramiento de gastos para la curación y atención de ancianos, enfermos, incapacitados, etc.
- 5°.) Fideicomisos para asegurar la inversión de reservas de sociedades o empresas, y
- 6°.) Fideicomiso de Seguro de Vida.

20. Fideicomiso de Garantía

En el Fideicomiso de Garantía, las instituciones fiduciarias pueden intervenir con la finalidad de que se garantice el cumplimiento de obligaciones, entre el deudor y el acreedor; al efecto

habrá de recibir la titularidad de ciertos bienes o derechos que conservará hasta que se cumpla con la obligación respectiva. En caso contrario, ejecutará el fideicomiso, es decir realizará la garantía y con su valor pagará al acreedor para dejar cancelada la obligación.

En otras palabras, el deudor que es el fideicomitente, entrega o transmite a la institución fiduciaria los bienes o derechos que son de propiedad, para garantizar el cumplimiento de la obligación a su cargo; el banco como se dijo, deberá conservar la titularidad de esos bienes en garantía para el pago a favor del acreedor que es el fideicomisario. Si el deudor cumple pagando su deuda, los bienes le serán devueltos por la institución fiduciaria, y el fideicomiso se extingue por haberse cumplido el fin para el cual fué constituido. Pero en caso de incumplimiento del deudor, la institución fiduciaria procederá a la ejecución de la garantía fideicomisaria en los términos previstos en la escritura constitutiva; sacará a remate los bienes fideicomitados en pública subasta ante notario Público, convocará previamente a los postores, y fincará el remate a favor del mejor postor. Aplicará el precio de la venta a pagar impuestos, comisiones, honorarios y el adeudo. En caso de que haya un excedente, lo entregará al propio fideicomitente. En esta forma se extingue el fideicomiso de garantía.

Estos fideicomisos se pueden constituir con garantía de bienes muebles e inmuebles; pero será importante en cada caso el análisis previo de la operación por parte de la institución fiduciaria, para determinar la calidad moral y capacidad económica de las personas que intervienen, la bondad de la garantía y principalmente darse cuenta si el deudor tiene otros medios de pago independientes de la garantía, que como tal debe ser accesoria.

21. Fideicomiso de Financiamiento

Cuando una persona o institución pública obtiene un préstamo para financiar una empresa y para garantizarlo constituye un fideicomiso sobre determinados bienes de su pertenencia, se está

frente a un contrato de fideicomiso de financiamiento. En el mismo contrato de constitución del fideicomiso de garantía, deberán constar las cláusulas que indiquen la forma de financiamiento, es decir si es total o de entrega gradual, y si el pago del crédito se hará al vencimiento del plazo o por medio de amortizaciones periódicas.

Esta clase de fideicomisos de financiamiento, ha sido utilizada en la república con buenos resultados por las municipalidades, debido a la estrechez económica en que tradicionalmente se han venido desarrollando, pues hay municipalidades muy pobres que no pueden tener fuertes sumas de dinero para emprender obras, como drenajes, luz eléctrica, pavimentación y agua.

Frente a esa difícil situación económica, y ante la necesidad de hacerle frente a ingentes problemas del municipio, la solución más favorable ha sido la constitución de fideicomisos de financiamiento a través del Instituto de Fomento Municipal (Infom).

También fideicomiso de financiamiento se constituye, cuando una empresa pública o privada se encuentra necesitada de recursos para el desarrollo de sus actividades, y recurre al mercado de capitales, mediante la emisión de obligaciones. En esta forma, la empresa como fideicomitente entrega una emisión de obligaciones a la Institución fiduciaria con la finalidad de que los coloque en el mercado de valores. Por lo general, las emisiones de bonos del Crédito Hipotecario Nacional y las de la municipalidad se constituyen con carácter de financiamiento para satisfacer sus compromisos institucionales.

El Fideicomiso que participa de los caracteres de dos o más de los fideicomisos clasificados se cataloga como fideicomiso mixto o de características mixtas.

CAPITULO VI

LEGISLACION GUATEMALTECA

SOBRE EL FIDEICOMISO

La introducción de la figura jurídica del fideicomiso en la legislación de Guatemala, se llevó a cabo en la constitución de 1945, en la cual, en su artículo 28 se incluye el precepto legal que textualmente dice: "Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco años; en todo caso, deberán ser ejercidos por un Banco o institución de crédito, facultados para hacer negocios en la república. Esta autorización, no se extiende en manera alguna a congregaciones religiosas o monásticas, ni a sacerdotes o ministros de cualquier culto o religión".

Como se ve, con esta base legal nace el fideicomiso en Guatemala, pero no se entró específica e inmediatamente a legislar su contextura y funcionamiento como debió haber sido.

Después de más de una década, la constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional constituyente, el 2 de Febrero de 1956, en su artículo 49, inicia la institución del fideicomiso, diciendo: "Se autoriza el establecimiento de Fideicomisos cuyo plazo no exceda de veinticinco años, y se administrarán por un banco o institución de crédito facultado para hacer negocios en la República. El plazo podrá ampliarse únicamente para garantizar a enfermos incurables o incapaces o para el sostenimiento de instituciones de beneficencia social reconocidas por el Estado".

Una de las características principales consideradas en el precepto en las dos constituciones citadas, es la que estipulaba que solo los bancos o instituciones de crédito podrán prestar los servicios de fiduciario.

De esto se infiere, que la prohibición tácita legal de que personas ajenas a los bancos y demás instituciones de crédito puedan prestar los servicios de fiduciario, tipifica al fideicomiso, que

en realidad es operación de servicio bancario, como acto de Comercio; por lo que se le consideró también el carácter de contrato mercantil.

Como parte de la legislación en estudio, se cita la ley de Bancos, Decreto No. 315 y reformado por Decreto del Congreso Número 1315, la cual en su artículo 78 relacionado a operaciones de confianza, dice textualmente lo siguiente:

Artículo 78. Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones de confianza.

- a) Recibir, en custodia, fondos, Documentos y objetos valiosos y alquilar cajas de seguridad para la guarda de tales efectos;
- b) Actuar como agentes financieros, y comprar o vender, por orden y cuenta de sus clientes, acciones, títulos de crédito y toda clase de valores mobiliarios;
- c) Hacer cobros y pagos por cuenta ajena, y efectuar otras operaciones por encargo de sus clientes, siempre que sean compatibles con el negocio bancario.

Los bancos actuarán en estos casos como depositarios de especies o como mandatarios. Deberán conservar los fondos, valores o efectos que en tal calidad recibieren, debidamente separados de las cuentas propias de la institución. En consecuencia, no estarán obligados a mantener, en relación con tales negocios, las proporciones mínimas de capital y reservas a que esta ley se refiere.

Las operaciones de este artículo se ajustarán a las regulaciones que la Junta Monetaria dictare.

Como se ve, existe un precepto constitucional que autoriza la operación de fideicomiso en nuestro medio, encargando su ejecución a una institución bancaria. Aún cuando las leyes bancarias

no presentan específicamente el fideicomiso como operación bancaria, se ha estimado que tal como se le define, encaja dentro de las operaciones de confianza autorizadas a los bancos conforme el inciso c) del artículo 78 del decreto 315; en cuya última parte dice: "Y efectuar otras operaciones por encargo de sus clientes, siempre que sean compatibles con el negocio bancario".

Como a estas alturas, no había una ley especial que regulara el fideicomiso con toda propiedad, con base en lo expuesto anteriormente se llevaron a cabo operaciones de fideicomiso, de las cuales, citaremos algunos casos en seguida; pero como repetimos, la ley propia y referida especialmente a la esencia del fideicomiso no había sido legislada, y por tanto, aquellos actos estaban amparados por los principios legales citados. Para seguir en orden el proceso legal y aplicación del fideicomiso en Guatemala, a continuación se cita el siguiente caso que se tipifica como acto fideicomisario: "El Fondo de Regulación de Valores" formado por el Banco de Guatemala Agente financiero del Estado de conformidad con el artículo 112, capítulo VI del Decreto No. 215 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Banco de Guatemala.

Este fondo es administrado por una "Comisión de Valores", integrada por el Presidente y el Gerente del Banco y por los Ministros de Hacienda y Economía.

Artículo 113. El Fondo de Regulación de valores estará formado:

- a) Por las cantidades que para su constitución aporte inicialmente el Estado, de acuerdo con las disposiciones transitorias relacionadas con esta ley;
- b) Por los otros aportes que le hiciera el Estado, de conformidad con leyes especiales o mediante asignaciones del presupuesto;
- c) Por las utilidades netas de la institución que, de acuerdo

con el artículo 11 de esta ley, se destinen para su incremento; y

- d) Por los fondos ociosos provenientes de los Superavits o saldos no utilizados del tesoro nacional que, temporalmente, se incluyan en las existencias del propio fondo, por acuerdo de la Junta Monetaria y con el voto favorable del Ministro de Hacienda.

La Administración e inversión de las existencias del Fondo tendrá por objeto estabilizar la cotización de títulos emitidos o garantizados por el Estado o por las entidades públicas y la de otros valores oficiales o semi-oficiales. Esta estabilización la hace el fondo mediante la compra y venta de los valores mencionados, en el mercado abierto.

Como se desprende, y la misma finalidad de administración e inversión del Fondo de Regulación de valores lo indica, este fondo constituye un fideicomiso mixto, en donde el Gobierno de la República es el fideicomitente, el Banco de Guatemala por medio de la Comisión de valores el fiduciario, y los inversionistas en valores, los beneficiarios o fideicomisarios.

Este caso se cita como uno de los tantos servicios de fideicomiso que presta el Banco de Guatemala al Estado, así como las operaciones de fideicomiso de financiamiento y administración que se han encargado al mismo Banco, en emisiones de valores Públicos, y otros muchos casos más, que demuestran la aplicación del fideicomiso nacional, en forma pública o estatal.

Posteriormente, con la creación de la ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar, o sea el Decreto 541 modificado por el Decreto 1487, puede ser considerada como la primera fuente de aplicación del fideicomiso privado en Guatemala; para el efecto, dicha ley en su inciso b) del artículo 18 del decreto 541 en forma especial y definida dice textualmente:

- b) Prestar el servicio de Fiduciarios para el desempeño de

Fideicomisos que tengan por objeto fines lícitos relativos a Urbanización de terrenos, administración de Lotificaciones, Edificación de Viviendas unifamiliares o multifamiliares, así como la administración de estas últimas.

"Por el contrato o acto constitutivo del Fideicomiso, el fideicomitente traslada el dominio del bien o derecho de que se trate, al Banco Fiduciario, pero solo para que éste cumpla los fines que aquél le encomienda, en beneficio del propio fideicomitente, o de un tercero denominado Fideicomisario, en los términos estipulados en el mismo contrato o acto constitutivo de Fideicomiso. Cuando los bienes entregados en Fideicomiso sean inmuebles o derechos reales, se inscribirá en el Registro de la Propiedad Inmueble el contrato o acto constitutivo de Fideicomiso. Cuando los bienes sean entregados en Fideicomiso, y mientras esta inscripción esté vigente, no podrán venderse ni gravarse los respectivos inmuebles o los derechos reales, sin el consentimiento expreso del Fiduciario. Al extinguirse la vigencia del contrato o Acto constitutivo del Fideicomiso, o por cualquiera otra causa, se harán las inscripciones correspondientes en el Registro de la Propiedad, debiendo comparecer el Fiduciario en la solicitud de tales inscripciones. El ejercicio de estas actividades se ajustará a las reglamentaciones que la Junta Monetaria dictare. En tanto dichas reglamentaciones se expidan, los Bancos las llevarán a cabo de acuerdo con los reglamentos que al efecto se emitan".

Con la estipulación especial y claramente definida de esta ley en materia de fideicomiso, se ha abierto las puertas a la iniciativa privada para poner en práctica esta nueva modalidad jurídica en el campo privado de la economía, lo cual a la fecha ha logrado un importante avance y desarrollo en varias instituciones del País. Lo único que se puede comentar y hace falta en este sentido, es que las reglamentaciones de esta materia por parte de la Junta Monetaria tal como lo determina la citada ley, hasta la fecha no han sido llevadas a cabo, por lo que es de urgencia y necesidad se cumpla este extremo para ordenamiento y efectividad de la propia ley.

Siguiendo el desarrollo de la legislación sobre Fideicomiso, es importante hacer notar que, dentro de las funciones y actividades que las Sociedades Financieras Privadas puedan desempeñar conforme lo prescribe la ley respectiva, se encuentra la función de poder actuar como Fiduciarios.

Lo más importante en materia de legislación sobre Fideicomiso, es la emisión del nuevo Código Civil que contiene importantes reformas, entre las cuales, merece especial mención por su importancia y por tratarse del tema en estudio, la que corresponde a la "Propiedad en Fideicomiso".

Con el Título de "Propiedad en Fideicomiso" queda contemplado el ejercicio legal de la Institución del Fideicomiso en nuestra legislación Guatemalteca, paso que hacía falta dar, y que sin esta base legal el fideicomiso no puede ponerse en práctica con todo su empuje, conveniencia y seguridad.

Del articulado que conforma el precepto legal "Propiedad en Fideicomiso", comprendido en el capítulo IV, Título II de nuestro Código Civil, se puede afirmar que el fideicomiso está legislado en forma natural y especializada conforme a su materia, con lo cual, solo queda que las fuerzas económicas y financieras del país, aprovechen con toda amplitud y eficacia los beneficios indiscutibles que esta Institución proporciona a la economía nacional.

El articulado del Fideicomiso en nuestro Código Civil, comprende las características principales expuestas al tratar del fideicomiso en su forma doctrinaria y demás aspectos aplicables en otros países más avanzados en este renglón jurídico-financiero; y ante todo como se ha dicho, es una adaptación del Trust An glosajón con ciertas variantes.

Lo que si amerita y cabe hacer mención, es que no han sido elaboradas las reglamentaciones pertinentes a esta ley, extremo que urge ponerse en práctica inmediatamente, porque sin reglamentos puede llegarse a extralimitaciones perjudiciales.

Para comprender el contenido y fondo como quedó instituido en nuestra legislación el Fideicomiso, juzgó más apropiado, más elocuente y oportuno, que hacer más análisis y consideraciones sobre la materia, exponer textualmente a continuación, el articulo legal correspondiente a la "Propiedad en Fideicomiso" contenido en nuestro Código Civil, por ser el patrón que rige y debe cumplirse.

CAPITULO IV

De la propiedad en Fideicomiso Concepto

Artículo 560. (Artículo 27 del Decreto-Ley Número 218) Fideicomiso es la institución por medio de la cual un banco o un establecimiento de crédito legalmente autorizado, adquiere la propiedad de determinados bienes para destinarlos a un fin lícito, o entregarlos al destinatario al cumplirse la condición o el plazo impuesto por el instituyente.

La persona propietaria de los bienes que ordena el fideicomiso se denomina fideicomitente; la institución de crédito que adquiere la propiedad para realizarlo se llama fiduciario; y fideicomisario el que recibe el beneficio o adquiere definitivamente la propiedad de los bienes.

Los bienes objeto de fideicomiso constituyen un patrimonio separado.

Requisitos que se exigen en el fideicomitente y en el Fideicomisario.

Artículo 561. El fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes, y el fideicomisario, para adquirir el provecho del fideicomiso.

El que no puede heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario.

La institución fiduciaria, no podrá ser a la vez fideicomisaria en el mismo fideicomiso.

Sólo las instituciones de Crédito pueden ser Fiduciarias.

Artículo 562. Sólo pueden ser fiduciarios los bancos o instituciones de crédito facultados por la ley para hacer negocios en la República.

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario, o en su defecto, el juez de Primera Instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes.

Artículo 563. El fideicomiso se puede establecer por contrato o por testamento para cualesquiera fines que no sean contrarios a la moral o a las leyes y sobre toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. Cuando se constituya por contrato debe constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto.

Los jueces de Primera Instancia del Ramo Civil, a solicitud de parte y con opinión favorable del Ministerio Público podrán constituir fideicomisos en los casos en que por ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes. El Fiduciario nombrado judicialmente sólo será administrador de los bienes.

Varios fideicomisarios

Artículo 564. (Artículo 28 del Decreto-Ley número 218.) El Fideicomitente puede designar varios fideicomisarios al establecerse el fideicomiso, para que reciban simultánea o sucesivamente el beneficio que se instituya.

Los inmuebles deben registrarse:

Artículo 365. La propiedad en Fideicomiso de bienes inmuebles deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad a nombre de la institución fiduciaria.

Efectos contra terceros:

Artículo 366. El Fideicomiso surte efectos contra terceros:

a) Desde el momento de la presentación del documento constitutivo al registro de la Propiedad Inmueble, si se tratare de inmuebles, derechos reales y demás bienes sujetos a inscripción;

b) Desde que la traslación se perfeccione de acuerdo con el documento constitutivo de la obligación o con la ley, si se tratare de créditos u obligaciones no endosables;

c) Desde la fecha del endoso o registro, en su caso, si se tratare de títulos nominativos o a la orden, o de bienes muebles sujetos a registro o inscripción;

d) Desde la fecha en que se constituye el fideicomiso, si se tratare de bienes muebles no sujetos a registro;

e) Desde que se efectúa la tradición, si se tratare de títulos al portador; y

f) Desde la fecha de la publicación de un edicto en el Diario Oficial notificándolo a los interesados, si se tratare de empresas industriales, comerciales o agrícolas, que fueren objeto del fideicomiso.

Artículo 367. El fiduciario tiene todas las acciones y derechos inherentes al dominio; pero no podrá enajenar ni gravar los bienes fideicomitidos si no estuviere estipulado por el fideicomitente, salvo que la ejecución del fideicomiso se haga imposible o manifiestamente desventajosa sin enajenarlos o gravarlos.

Obligaciones del Fiduciario

Artículo 568. La institución fiduciaria está obligada:

- 1°. A cumplir el fideicomiso de entero acuerdo con la ley y lo dispuesto en la escritura de su constitución;
- 2°. A tomar posesión de los bienes fideicomitados, en los términos del acto constitutivo, cuidar su conservación y seguridad, ejercitar los derechos y acciones necesarios para su defensa y, en su caso, administrarlos e invertirlos de la manera más adecuada a su naturaleza y que no se oponga a las finalidades del fideicomiso, mediante las garantías aconsejables, cuando así proceda; y
- 3°. A llevar cuenta detallada de su gestión, rendirlas periódicamente a quién corresponda, e incluir, cuando sea conveniente o se le solicite, un informe de dichas gestiones y del estado de los bienes fideicomitados.

Artículo 569. El fiduciario debe declarar que actúa en esa calidad, en todo acto o contrato que otorgue en ejecución del fideicomiso y será responsable de los daños y perjuicios que ocasionen al fideicomitente o al fideicomisario en su caso, si omite esa declaración.

Artículo 570. El fideicomiso de usufructo, renta o pensión, constituido a favor de una persona jurídica no podrá durar más de veinticinco años, salvo que se haya establecido para el sostenimiento de instituciones de beneficio social reconocidas por el Estado.

El fiduciario no puede delegar su encargo:

Artículo 571. La institución fiduciaria no podrá delegar su encargo. Sus funcionarios designados para desempeñar gestiones fiduciarias, únicamente podrán conferir poderes para pleitos y cobranzas y mandatos especiales para actos que hayan de realizar

se fuera de su domicilio.

Derechos del fideicomisario:

Artículo 572. El fideicomisario tendrá, además de los derechos que le conceda la escritura de su designación, los siguientes:

- 1°. Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria realice en su perjuicio con infracción del fideicomiso o de mala fe y, en su caso, obtener la restitución al patrimonio del mismo fideicomiso, de los bienes que hayan salido de dicho patrimonio como consecuencia de esos actos.

Cuando intervengan terceros la impugnación sólo procederá si éstos han tenido conocimientos de los vicios, o si el acto es gratuito;

- 2°. Exigir a la institución fiduciaria, informes y cuentas de su gestión; y

- 3°. Promover la remoción de la institución fiduciaria, por causa justificada.

Si no existe fideicomisario determinado, los derechos mencionados corresponderán al Ministerio Público.

Artículo 573. Los derechos que el fideicomisario pueda tener en los bienes objeto del fideicomiso no son embargables por sus acreedores; pero sí lo son los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso. Si el fideicomisario fuere menor, incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, únicamente será embargable hasta el cincuenta por ciento de los frutos que perciban del fideicomiso.

Remoción del fiduciario:

Artículo 574. El fiduciario debe ser removido.

- a) Si tiene intereses antagónicos con los del fideicomisario;

- b) Si malversa los fondos del fideicomiso, administra los bienes en forma perjudicial a los fines para los cuales fué constituido el fideicomiso o abusa de sus facultades; y
- c) Si le sobreviniere inhabilidad.

La remoción del fiduciario no termina el fideicomiso, a menos que su sustitución sea imposible.

Fideicomisos prohibidos:

Artículo 575. Quedan prohibidos:

- 1º. Los fideicomisos secretos;
- 2º. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o ya concedidas a la muerte del fideicomitente; y
- 3º. Aquellos cuya duración sea mayor de veinticinco años. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de veinticinco años cuando el fin del fideicomiso sea únicamente para garantizar a enfermos incurables o incapaces, o para beneficio de instituciones de asistencia social.

Extinción del fideicomiso:

Artículo 576. El fideicomiso termina:

- a) Por la realización del fin para el que fué constituido;
- b) Por hacerse imposible su realización;
- c) Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
- d) Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario, si esta causal se hubiere previsto en el contrato o acto constitutivo. Este convenio no perjudicará derechos de terceros, adquiridos durante la gestión del fideicomiso:



- e) Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho en el contrato o acto constitutivo;
- f) Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo;
- g) Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social; y
- h) Por sentencia judicial.

Efectos de la extinción:

Artículo 577. Al terminar el fideicomiso, los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario, deberán ser entregados a quien corresponda, según las disposiciones del contrato o acto constitutivo o sentencia judicial en su caso; y, en su defecto, al fideicomitente o sus herederos, en los casos señalados en los incisos b), c), e) y f) del artículo anterior; y al fideicomisario, en los casos señalados en los incisos a) y g) de dicho artículo.

Para que la devolución de los bienes objeto del fideicomiso surta efectos, tratándose de inmuebles, o derechos reales sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente, en declaración legalizada por notario, en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito.

Honorarios del fiduciario:

Artículo 578. Los honorarios de la institución fiduciaria podrán ser a cargo del fideicomitente, del fideicomisario o de ambos, pero, en todo caso, la propia institución tendrá preferencia sobre el patrimonio del fideicomiso para ser pagada de dichos honorarios y de los gastos del mismo fideicomiso, que haya anticipado.

CAPITULO VII

ASPECTO CONTABLE DEL FIDEICOMISO

22. Operaciones y Registros Contables

"La contabilidad es una disciplina íntimamente relacionada con otras, como son el Derecho, la Economía, la Estadística, las Matemáticas, etc. Es una técnica indispensable para la buena conducción de los negocios en general, y puede considerarse como un medio insustituible para el control y la salvaguarda del patrimonio de las personas físicas y jurídicas (sociedades). Es también el lenguaje a través del cual se expresan los negocios modernos que objetivamente presentan su mensaje en los estados financieros, sujetos al análisis, a la interpretación y al dictamen del Contador Público, nos dice el C. P. Raúl Rodríguez Ruíz". 20

Es materia bastante conocida, que el objetivo y fines de la contabilidad, giran en torno al derecho de propiedad del patrimonio personal (Persona natural o Jurídica) reconocido universalmente por las leyes. Por consiguiente, la Propiedad en fideicomiso, de conformidad con nuestra legislación, también debe ser objeto de contabilización en la forma debida e instituida legalmente.

Hemos dicho anteriormente que, el fideicomiso es un patrimonio independiente, especializado que se entrega al fiduciario, para que éste realice el fin que se le encomendó en el acto constitutivo del mismo. En otras palabras, por considerarse el fideicomiso un patrimonio separado, especializado, es que no debe mezclarse ni confundirse con el patrimonio personal propio del fiduciario; pues es terminantemente prohibido por la ley, y ante todo para el debido control de los intereses beneficiarios que persigue el fideicomiso.

Todo esto a dado origen a que es indispensable y obligatorio que el control y registro de las operaciones fideicomisarias se lle

(20) C. P. Raúl Rodríguez Ruíz. El Fideicomiso desde el Punto de Vista del Contador Público. Tomado de la Revista "Dirección y Control" No 51 Septiembre 365

ve en dos contabilidades: la contabilidad propia y general de la institución fiduciaria, y una contabilidad especial y separada sólo para el registro de las operaciones de cada fideicomiso determinado.

No obstante que se trata de bienes entregados en propiedad (propiedad relativa) a la institución fiduciaria, su registro contable se efectúa en Cuentas de Orden de la contabilidad general de la misma, actitud que se fundamenta indudablemente en el criterio de que no es propiedad absoluta en el sentido estricto de la palabra, sino una propiedad especial, con limitaciones. Por eso algunos autores opinan que debe denominársele "Propiedad Fiduciaria" al derecho legal que se le confiere al fiduciario, con el objeto de establecer la diferencia.

En consecuencia, es en Cuentas de Orden, en las que se centra la contabilidad del fideicomiso propiamente dicha; pertenecen a un rubro de agrupación denominado, según el manual contable bancario : 415 Bienes en Fideicomiso como cuenta deudora, y como contracuenta (cuenta acreedora) 499 Cuentas de Orden; sin perjuicio de crear otras cuentas y subcuentas de registro, etcétera, que sean necesarias para un completo control de las operaciones fideicomisarias.

En estas cuentas deberán registrar las instituciones fiduciarias el valor de los bienes que reciban en fideicomiso; teniendo además la obligación de llevar por separado, en contabilidades especiales o particulares, el registro completo del movimiento financiero del fideicomiso, teniendo por finalidad este sistema de doble registro, mantener separadamente la identidad de los patrimonios fideicomitidos, así como mostrar la inversión o destino que se ha dado a esos patrimonios conforme a las instrucciones de los instituyentes.

Para darle más refuerzo a lo consignado antes, referente a la separación de cuentas, citamos lo que dice la Contabilidad Bancaria de Langston al respecto: "Según la ley de Reserva Federal, en los Estados Unidos de Norte América, son obligaciones de los bancos fiduciarios:

- 1°. Separar el activo de los fideicomisos, de los demás activos del Banco.
 - 2°. Llevar libros y registros separados para cada fideicomiso.
 - 3°. No se mezclarán con activo comercial los fondos en fideicomiso en espera de ser reinvertidos, a menos que se dé una garantía adecuada,
 - 4°. No deben recibir en el departamento de fideicomisos, depósitos de fondos corrientes que puedan manejarse por medio de cheques, o partidas destinadas principalmente a fines de cambio o de cobranza ". 21
23. Distinción de bienes en Fideicomiso: Principal y sus Productos.

Ahora pasamos a otro aspecto muy importante enteramente propio del fideicomiso, que se refiere a la separación del registro y control en la contabilidad auxiliar y especial que se lleva al respecto, del patrimonio fideicomitado y de las cuentas de resultados que se derivan de la ejecución del fideicomiso; pues lógicamente los bienes dados en fideicomiso constituyen un activo; en cambio las cuentas que reflejan los resultados de la realización del mismo, se traducen en productos (utilidades o beneficios) que son el resultado obtenido de la actividad desarrollada.

De aquí surge la clasificación de Principal y Productos.

El Principal o Patrimonio Fideicomitado, puede estar constituido por un bien raíz, por un conjunto de bienes muebles, por valores mobiliarios de fácil realización, o por dinero en efectivo.

Los productos son los beneficios (Ganancias) obtenidos del movimiento de operaciones realizadas en la gestión del fideicomiso.

(21) L. H. Lagnston. Contabilidad Bancaria.

Es un principio fundamental de la contabilidad fiduciaria, la separación del patrimonio fideicomitado, de los gastos y productos a que dá lugar la ejecución del fideicomiso. Casi todas las legislaciones sobre fideicomiso contienen dicha exigencia legal, tanto para la preservación de los bienes fideicomitados, como para la elaboración de los informes periódicos, así como para la preparación final para cuando se termine la relación fiduciaria.

También es importante este requisito legal, para facilitar la práctica de las auditorías que deban efectuarse, pues en dicha forma se conservan completamente separados y diferenciados los bienes fideicomitados, que según nuestra legislación constituyen un patrimonio autónomo, y apartado de las demás cuentas que registran los gastos y productos que se obtienen de la ejecución de los fideicomisos.

Por consiguiente, en cada fideicomiso la institución fiduciaria debe llevar dos grupos de cuentas; uno para las que correspondan al principal del fideicomiso; y otro grupo de cuentas para los productos. En el primero se registrará todo lo que modifique el principal, y en el segundo los productos que correspondan a los fideicomisarios.

Como operaciones que corresponde contabilizar en el principal está la venta de bienes, ya que lo percibido en esa operación constituye el principal del fideicomiso; por consiguiente, la ganancia o pérdida obtenida en la venta aumenta o disminuye el principal; en forma parecida al tratamiento que se les dá a los activos extraordinarios adquiridos por las instituciones bancarias. De esa misma manera los pasivos relacionados con el principal deben cancelarse con cargo a esos bienes.

Los productos que se obtienen del uso de los bienes del principal, así como intereses, alquileres, dividendos, etc., representan beneficios que corresponden al fideicomisario. Los gastos que se hagan en la producción de esos ingresos, así como impuestos, gasto de intereses, gastos judiciales, comisiones, etc., son cargos contra esos productos o ingresos. En todo caso, lo que de

be entregarse al fideicomisario será la diferencia entre los productos y los gastos a cargo de los mismos, o sea que los gastos de producción deben deducirse del monto de los correspondientes productos. Tiene el fiduciario que revisar detenidamente cada operación del fideicomiso, para aplicar lo que realmente corresponde al Principal, y lo que corresponde al grupo de los productos.

Al respecto, se presentan problemas un poco complicados, como el caso de productos que se generan por el transcurso del tiempo, percibiéndose, en algunos casos a fecha determinada, como sucede con los intereses, dividendos, alquileres, etc., al constituir un fideicomiso con estas características, se reconoce como principal, la parte devengada hasta la fecha de constitución del fideicomiso, y como producto lo correspondiente al período posterior a la fecha de constitución del mismo.

24. Otros aspectos de Contabilidad

"Como anotamos anteriormente, la institución fiduciaria debe llevar una contabilidad separada para cada fideicomiso, y la apertura de la misma la hará cargando las cuentas de activo: caja, deudores, inmuebles, etc. según sean los bienes que se recibe; y el abono debe corresponder a una cuenta, la cual puede llamársele "Principal del Fideicomiso" u otra denominación más apropiada. Ahora con respecto a los productos, éstos se deben cargar a cuentas corrientes de productos, y se abonará a una cuenta que se le puede nombrar "Productos del Fideicomiso".

Ya con la nomenclatura indicada, se tendrá el cuidado de que las operaciones se registren aplicando siempre el principio de separación del principal y productos.

Las cuentas "Principal del Fideicomiso" y "Productos del Fideicomiso" deben mantenerse lo más depuradas que sea posible, ya sea mensualmente, no se diga al finalizar el ejercicio contable o que se llegue a la liquidación del fideicomiso, que es rigurosa-

mente obligatorio; pues en todos estos casos, las cuentas que representan cambios en el principal (pérdida o ganancia en la venta de bienes, gastos o productos de la propia naturaleza del principal, así como gastos por reparaciones) se cierran trasladando su saldo a la cuenta "Principal del Fideicomiso"

En la misma forma, las cuentas que indican cambios en los productos (así productos o gastos imputables a productos y distribución de productos) se cancelan por medio del traslado de sus saldos respectivos a la cuenta "Productos del Fideicomiso". Al final del ejercicio deberán resumirse las operaciones del fideicomiso, preparando estados de cargos y abonos, tanto del principal como de los productos". 22

Como se ha dicho, el fiduciario debe operar una contabilidad separada de la propia, con el fin de no mezclar con activo comercial, fondos en fideicomiso en espera de ser reinvertidos, a menos que se dé una garantía adecuada. "En los Estados Unidos los fondos que un banco recibe en fideicomiso, constituyen un depósito garantizado". A pesar de la rigidez del principio enunciado anteriormente, hay casos especiales en que los fondos del fideicomiso aparentemente se confunden con los fondos de la contabilidad propia de la institución fiduciaria, como sucede en el caso de constitución de un fideicomiso de inversión.

Demos el caso, que el fiduciario recibe del fideicomitente cierta cantidad de efectivo para invertirla en la compra de valores que se haya convenido. La institución fiduciaria al recibir la suma de efectivo, procede a correr la partida de contabilidad, en cuentas financieras de su contabilidad propia, cargando a 100.00 Caja de Movimiento por el ingreso, y abonando a una cuenta de Pasivo, según el manual contable Bancario, la más apropiada es: 204 Fideicomisos, haciendo mención del fideicomiso de que se trata, para poder localizar este saldo inmediatamente.

Como se ve, la partida anterior, no es más que un puente o paso de transición entre la contabilidad propia y general, de la contabilidad separada o especial que se controla en cuentas de orden

(22) Norberto Rodolfo Castellanos Díaz. El Fideicomiso. Su Proyección para Guatemala.

cuando el fideicomiso está en pleno movimiento; o dicho en otras palabras, es un paso de las cuentas financieras a las cuentas de orden.

Al comprar el fiduciario los valores convenidos, se corren dos partidas como siguen:

La primera partida en cuentas financieras, cargando a la cuenta: 204 Fideicomisos, por la cancelación del saldo que originalmente afectamos en ésta; y abonando a 100 CAJA 100.00 Caja de Movimiento por el egreso del efectivo. La segunda partida sería en cuentas de orden, cargando a: 415 Bienes en Fideicomiso, y abonando a la contra cuenta 499 Cuentas de Orden.

Como se ve, ya con los bienes de inversión adquiridos, e s cuando comienza estrictamente a funcionar la operación de fideicomiso o sea cuando ya están contabilizados en Cuentas de Orden.

Las dos primeras partidas financieras citadas en el presente caso, son de naturaleza propia de la contabilidad de la institución fiduciaria, y son permitidas, correctas y aceptadas por la ley, porque se consideran como un depósito a cuenta, para determinado fin encargado por el cuentahabiente, semejante a un depósito a la vista; a un depósito de ahorro; a un depósito de plazo menor etc., que son cuentas de la propia naturaleza financiera de los bancos. Todo esto sucede porque se están mezclando y contabilizando los fondos (digamos efectivo) del fideicomiso con los fondos de la institución fiduciaria en el saldo de la cuenta de Caja; pero eso sí, por ese efectivo del fideicomiso en caja, se registra en el Pasivo en una cuenta propia, individual y determinada, que en este caso es la cuenta 204 Fideicomisos, el saldo a favor del fideicomitente acreedor de los fondos entregados para el fin señalado. Por lo tanto, el caso objetado es una operación correcta, corriente y aceptable en la contabilidad bancaria.

El mismo caso sucedería si un banco fiduciario corta los cupones de las obligaciones que tiene en fideicomiso de un cliente y los cobra, tendría que correrse igualmente la primera partida fi-

nanciera que se describió al principio del caso que estamos tratando, o sea un cargo a 100 CAJA 100.00 Caja de Movimiento por el valor de los cupones cobrados y se abonaría a la cuenta 204 Fideicomisos.

Ya en esta cuenta 204 Fideicomisos se sigue el procedimiento bancario que corresponde, dándole un aviso al cuentahabiente para que pase a recoger su saldo en efectivo, o si no se le envía su valor por medio de un cheque de gerencia a su favor; salvo si en las instrucciones del fideicomitente instituidas al respecto, es tá la autorización para que los fondos, producto de los intereses sobre valores percibidos, se inviertan en nuevos valores; en este caso se cumplirán sus deseos.

Con lo expuesto, referente a operaciones contables, creemos prudente no extender el espacio en partidas contables, pues sería muy largo y un poco cansado, pues con lo dicho se tiene una idea de como contabilizar en los casos de fideicomisos; y para más ilustración y para llenar el cometido contable se tendrá que operar con base en el manual contable Bancario de la Superintendencia de Bancos en vigor.

25. Vigilancia de Fideicomisos

En Guatemala, la fiscalización de las instituciones de crédito legalmente autorizadas, principalmente las bancarias, está encargada a la Superintendencia de Bancos, bajo cuya jurisdicción se encuentra el control de las operaciones fideicomisarias.

Además, dentro de los derechos que les asiste, tanto al fideicomitente como al fideicomisario, encontramos el derecho de acción que les permite pedir o examinar las cuentas operadas (afectadas) por la institución fiduciaria en relación con el Fideicomiso que se les ha encomendado. Con este derecho, pueden autorizar la ejecución de una inspección o auditoría externa, eligiendo con mucha propiedad, la intervención de un especialista en la materia, como lo es el Contador Público y Auditor para que le rinda

un dictamen según sus deseos.

Como sabemos el Fideicomiso conforme nuestra legislación, es operación que solo deben realizar los bancos del sistema y de más instituciones de crédito autorizadas, por lo tanto, el control y operatoria del mismo, forma una parte de las numerosas y variadas actividades bancarias y crediticias que las instituciones de crédito realizan, encontrándose formando parte de éstas, un departamento especialmente de Fideicomiso.

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES

PRIMERA:

El fideicomiso es una institución jurídica que se constituye en forma expresa, por voluntad del fideicomitente, al transmitir al fiduciario el dominio nominal o teórico sobre ciertos bienes en virtud de la confianza en él depositada, para aplicarlos fielmente a un fin lícito y de conformidad a lo dispuesto en el acto de confianza, cuyo beneficio corresponde a uno o más fideicomisarios.

SEGUNDA:

El fideicomiso ha sido utilizado en latinoamérica como instrumento para la realización de múltiples operaciones, tanto con finalidades de interés social como particular, realizadas las primeras por los gobiernos (fideicomisos públicos) y las últimas por los departamentos fiduciarios de la banca privada y demás instituciones de crédito (fideicomiso privado). Todo el auge alcanzado se debe a su estructura polifacética capaz de asumir y proporcionar soluciones satisfactorias para tantos problemas de la vida económica moderna.

TERCERA:

En relación al aspecto contable del fideicomiso, el registro en Cuentas de Orden, y simultáneamente en contabilidades particulares (separadas) de los bienes recibidos en fideicomiso, se persigue la finalidad de que las instituciones fiduciarias mantengan el patrimonio fideicomitado separado no solo de sus propios activos, sino también la de conservar por aparte, sin mezcla de ninguna especie, los activos de los demás fideicomisos, con lo cual, dichas instituciones estarán siempre en condiciones de rendir buenas cuentas, proporcionar completa información a quien sea permitido darla, acerca de los patrimonios afectos fiduciaria

mente, y hacer posible, si es del caso, inspecciones o auditorías tendientes a comprobar si la administración de cada fideicomiso se ha hecho conforme a los términos de su acto constitutivo.

CUARTA:

Lo más importante en materia de legislación sobre Fideicomiso en Guatemala, es la emisión del nuevo Código Civil que tiene importantes reformas, entre las cuales, merece especial mención por su importancia y por tratarse del tema en estudio, la que corresponde a la "Propiedad en Fideicomiso". Lo que si amerita y cabe hacer mención a este respecto, con todo énfasis, es que, tanto el precepto legal "Propiedad en Fideicomiso" comprendido en el capítulo IV, Título II, libro II de nuestro Código Civil en vigor, como el Decreto 541, modificado por el decreto 1487, artículo 18, inciso b) de la ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar, en relación con operaciones de fideicomiso, establecen claramente, que el ejercicio de estas actividades se ajustará a las reglamentaciones que la Junta Monetaria dictare; pero sucede que hasta la fecha no han sido elaborados los reglamentos en la forma prescrita por las citadas leyes, por lo que, es de urgencia y necesidad que se cumpla con este extremo, poniendo en práctica inmediatamente dichos instrumentos legales, tanto, para el ordenamiento y efectividad de la propia ley, como también para evitar extralimitaciones perjudiciales en el ejercicio del fideicomiso.

QUINTA:

Como complemento de la creación del fideicomiso en nuestro país, está la ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar, Decreto 541, modificado por el decreto 1487, la cual, puede ser considerada como la primera fuente de aplicación del fideicomiso privado en Guatemala. Dicha ley en su inciso b) del artículo 18 del Decreto 541 en forma especial y definida dice textualmente: b) Prestar el servicio de Fiduciarios para el desempeño de fideicomisos que tengan por objeto fines lícitos relativos a urbanización de terrenos, administración de lotificaciones, edi-

ficación de Viviendas unifamiliares y multifamiliares, así como la administración de estas últimas. Con la estipulación especial y claramente definida de esta ley en materia de fideicomiso, se ha abierto las puertas a la iniciativa privada para poner en práctica esta nueva modalidad jurídica en el campo privado de la economía, lo cual, ya a la fecha ha logrado cierto desarrollo en algunas instituciones bancarias del país.

SEXTA:

Hemos dicho que la figura jurídica del fideicomiso, despierta sumo interés e inquietud de estudio tanto a economistas, como a juristas, Contadores Públicos, financistas y banqueros, etc.; de ahí se desprende la conveniencia y necesidad de que el Contador Público se compenetre y se prepare en el conocimiento de la estructura y funcionamiento de esta compleja institución, no solo en el aspecto contable sino en todos los demás, por tratarse de que se le puede designar para dirigir, asesorar o en dados casos para examinar el estado o control que se lleva con respecto a las operaciones relativas a fideicomiso; luego entonces, el profesional de mérito intervendría en el registro adecuado de todas las operaciones, considerando la necesidad que hay de conservar, mediante un doble registro de cuentas, la identidad y separación de los patrimonios manejados en fideicomiso, y siendo responsable también de los estudios financieros, de los proyectos de inversión, de la comprobación de la situación fiscal, tanto de la materia del fideicomiso como de la misma institución fiduciaria, y, en lo que en su parte corresponda, del fideicomitente y del fideicomisario, y en fin, de toda clase de labores que cayeren dentro del terreno de la profesión, lo que indiscutiblemente proporcionará una corriente de información, que emana de una contabilidad fiduciaria manejada y controlada sobre la base de una sana técnica constructiva y de análisis, que siempre permitirá conocer la forma en que el fiduciario esté desempeñando sus delicadas funciones que la ley ha elevado al rango moral de las que debe llevar a cabo una persona de ordinaria prudencia en la atención del grupo humano y económico que él conduce, del cual, el fiduciario es siempre responsable, ante si mismo y ante la sociedad de la que forma parte.

SEPTIMA:

Hasta la fecha, el fideicomiso en nuestro medio está en su período de iniciación y marchando en forma un poco lenta, debido a que no se ha hecho conciencia suficiente al respecto; hace falta todavía más interés por parte de las instituciones públicas y privadas para impulsar su desarrollo en todos sus aspectos, impulso que atraería con mayor rapidez y en menor tiempo a las diversas fuerzas económicas y financieras del país para aprovechar con amplitud y eficacia los beneficios indiscutibles que esta institución proporciona.

BIBLIOGRAFIA

- RABASA, OSCAR. El Derecho Americano.
- BATIZA, RODOLFO. El Fideicomiso.
- GARAY, NARCISO E. El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño.
- ARAGON C. RAMIRO. Posibilidades del Fideicomiso en la Práctica Bancaria.
- CLARET Y MARTI, POMPEYO. De la Fiducia y el "Trust".
- LAGNSTON, L. H. Contabilidad Bancaria.
- KESTER, ROY B. Contabilidad Superior.
- LEPAULLE, PIERRE. Tratado teórico y Práctico del "Trust".
- FINEY, H. A. Contabilidad Superior.
- SUPERINTENDENCIA DE BAN
COS. Manual de "Instrucciones Contables para Bancos Comerciales, Bancos Hipotecarios y Bancos Comerciales e Hipotecarios.
- CASTELLANOS DIAZ, NORBER
TO RODOLFO. El Fideicomiso, Su Proyección para Guatemala.

COMISION BANCO DE GUATE-
MALA.

Estudio de las Operaciones
de Fideicomiso en México. Me-
morándum 2/XII/65 .

RODRIGUEZ RUIZ, RAUL.

El Fideicomiso desde el pun-
to de Vista del Contador Pú-
blico. Tomado de la Revista
"Dirección y Control" No. 51
Septiembre /65.

Junio, de 1968.

LEYES CONSULTADAS

Constitución de la República de Guatemala del 11 de Marzo de 1945.

Constitución de la República de Guatemala del 2 de Febrero de 1956.

Ley Constitutiva de la República de Guatemala del 11 de Diciembre 1879.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 de la República de México.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, de la República de México.

Código de Comercio de Guatemala.

Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106.

Modificaciones al Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 218.

Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar, Decreto 541.

Reformas a la ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar, Decreto 1487.

Ley de Sociedades Financieras Privadas Decreto Ley 208.

Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto 215.

Ley de Bancos, Decreto 315.

Ley del Instituto de Hipotecas Aseguradas, Decreto 1448.

