

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS

BIBLIOTECA CENTRAL-USAC
DEPOSITO LEGAL
PROHIBIDO EL PRESTAMO EXTERNO

**EL FIDEICOMISO
SU PROYECCION PARA GUATEMALA**

por

NORBERTO RODOLFO CASTELLANOS DIAZ

Tesis presentada a la Junta Directiva de la Facultad de
Ciencias Económicas de la Universidad de San Carlos de
Guatemala, al conferírsele el título de

CONTADOR PUBLICO Y AUDITOR

en el grado de licenciado

Guatemala, noviembre de 1961.



1961

EDITORIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACION PUBLICA
"JOSE DE PINEDA IBARRA"
Guatemala-Centroamérica



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

Decano	Dr. Gabriel Orellana
Vocal 1º	Lic. Maximino Ruano Ayala
Vocal 2º	Lic. Arturo Morales Palencia
Vocal 3º	Lic. Carlos Enrique Carrera
Vocal 4º	Br. Carlos Guillermo Herrera
Vocal 5º	Br. Verny Aníbal Samayoa
Secretario	Lic. Raúl Sierra Franco.

**JURADO QUE PRACTICO EL EXAMEN
GENERAL PRIVADO**

Decano	Dr. Gabriel Orellana
Vocal 2º	Lic. Arturo Morales Palencia
Examinador	Lic. Gerardo Gordillo Barrios
Examinador	Lic. René Arturo Orellana
Secretario	Lic. Raúl Sierra Franco.

DL
03
T(121)

ACTO QUE DEDICO

Al creador del Universo

A la sagrada memoria de mi madre

ELISA DIAZ VILLAMAR DE CASTELLANOS (QEPD)

A mi padre

OSCAR CASTELLANOS D.

A mi esposa

VILMA GONZALEZ DE CASTELLANOS

A mis hijos

VILMA LUCRECIA y OSCAR FERNANDO

A mi hermana

MARIA ISABEL

A la memoria del maestro y amigo

Licenciado RAMIRO ARAGON CASTAÑEDA (QEPD)

A la Facultad de Ciencias Económicas de Guatemala

A los funcionarios y personal del Banco de Guatemala

Padrinos

Licenciado MANUEL PACHECO RAMIREZ

Doctor HECTOR GOICOLEA VILLACORTA

Agradecimiento

El autor deja constancia de su agradecimiento al Banco de Guatemala por la ayuda y colaboración recibida.

Guatemala, 27 de octubre de 1961

Licenciado Raúl Sierra Franco
Director del Instituto de
Investigaciones Económicas y Sociales
Facultad de Ciencias Económicas
Presente.

Señor director:

Por honroso encargo de ese Instituto, he examinado con todo interés los borradores del trabajo de tesis del perito contador N. Rodolfo Castellanos Díaz tendiente a su graduación como Contador Público y Auditor, comentando con el interesado diversos pasajes de tan importante estudio relativo al FIDEICOMISO, en el intento de llegar a abarcar todos los aspectos técnicos y prácticos de esa figura jurídica que ha trascendido ya del clásico y restringido ambiente de la sucesión testamentaria, para constituir un instrumento útil y valioso de la operativa financiera moderna.

De los desvelos del recipiendario, bien orientados en sus inicios por el consejo sabio y sereno de su primer asesor el recordado amigo licenciado Ramiro Aragón Castañeda (QEPD) y modestamente complementados por ligerísimas observaciones del que suscribe, ha resultado, a nuestro juicio, un documento sumamente ilustrativo y completo, que analiza con claridad y método la institución del FIDEICOMISO en sus relevantes aplicaciones en el mundo económico actual y en particular en la esfera bancaria.

Largo sería comentar punto por punto este trabajo, que se califica por sí mismo con la simple lectura del índice de sus capítulos y subtítulos; al interés teórico y a la importancia práctica del tema por sí mismo, se añade el hecho preponderante de que se trata de una forma de contrato aún no contemplada en nuestras leyes en lo que respecta a sus aplicaciones más útiles y de mayor actualidad.

Por todo ello nos permitimos opinar que el trabajo de tesis **EL FIDEICOMISO - SU PROYECCION PARA GUATEMALA** del perito contador N. Rodolfo Castellanos Díaz, merece ser admitido para la práctica de su examen General Público correspondiente al grado de Contador Público y Auditor de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Del señor director atento y seguro servidor.

RAFAEL RAMOS BOSCH

DIRECCION DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
ECONOMICAS Y SOCIALES, GUATEMALA, TREINTA
DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y
UNO.

Pase al señor decano de la Facultad de Ciencias Económicas, informándole que este Instituto con base en el dictamen emitido por el respectivo asesor, aprueba el trabajo de tesis **EL FIDEICOMISO — SU PROYECCION PARA GUATEMALA**, presentado por el señor N. Rodolfo Castellanos Díaz.

(f) LICENCIADO RAUL SIERRA FRANCO,
Director.

DECANATURA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS, GUATEMALA, TREINTA DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UNO.

En vista del informe rendido por el Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, se acepta y aprueba el trabajo de Tesis denominado **EL FIDEICOMISO — SU PROYECCION PARA GUATEMALA**, que para su graduación profesional fuera presentado por el señor N. Rodolfo Castellanos Díaz.

(f) DOCTOR GABRIEL ORELLANA h.
Decano.

INDICE DE MATERIAS

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

Fideicomiso
Pacto fiduciario
Fideicomiso romano
Sustitución fideicomisaria
Usos o Trust
Trust económico
Trust o fideicomiso actual

CAPITULO II

CONCEPTOS BASICOS DEL FIDEICOMISO

Diferencia frente a figuras semejantes
Contratos en general
Mandato
Depósito
Mutuo
Contrato para transmitir bienes

CAPITULO III

EL FIDEICOMISO FRENTE AL CONCEPTO LEGAL DE PROPIEDAD

Derecho de propiedad
Posesión
Elementos del Derecho de propiedad
Limitaciones al Derecho de propiedad
Usufructo
Uso, Habitación, Servidumbre
Prenda
Hipoteca

Medios de adquirir la propiedad
Modos de extinguir el Derecho de propiedad
Propiedad y fideicomiso
Propiedad del fiduciario

CAPITULO IV

ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

Requisitos de constitución
El Fideicomitente
El Fiduciario
El Fideicomisario
Extinción del fideicomiso

CAPITULO V

APLICACIONES DEL FIDEICOMISO

Clasificación del fideicomiso
Fideicomiso de inversión
Fideicomiso de administración
Fideicomiso de garantía
Fideicomiso de financiamiento

CAPITULO VI

BASES PARA NORMAR EL FIDEICOMISO EN GUATEMALA

CAPITULO VII

OPERACIONES Y REGISTROS CONTABLES DE FIDEICOMISOS

Fideicomiso como medio para realizar diversidad de negociaciones
Separación de cuentas
Distinción de bienes: principal y sus productos
Apertura de contabilidad y operaciones contables
Registro de fideicomisos
Fiscalización de fideicomisos

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Consideramos que la figura jurídica del fideicomiso hace posible, mediante su práctica por una institución bancaria, la captación y distribución de los ahorros ociosos de un país y, además, permite el mantenimiento de unidades económicas importantes del mismo. En el primer caso el fideicomiso se utiliza manejando inversiones de capitales y controlando emisiones de obligaciones; en el segundo caso se emplea para la administración de empresas.

Inicialmente deseamos recalcar que Guatemala se encuentra entre los países que no cuentan con bolsa de valores, y el joven mercado de los mismos está en su etapa de formación. Varios guatemaltecos profesionales de la economía han insistido acerca de la importancia económica de la creación de la bolsa de valores en nuestro país.

El establecimiento o expansión de un mercado nacional de valores se ha encontrado con los obstáculos siguientes:

- a) legislación incompleta;
- b) ausencia de instituciones financieras tales como bolsas de valores, sociedades de inversiones, entidades fiduciarias y otras semejantes;
- c) carencia de títulos y valores negociables de suficiente seguridad, rendimiento y atractivos para el inversionista; y
- d) falta de legislación y experiencia en operaciones tales como fideicomisos, administración fiduciaria y otras.

En los países subdesarrollados existen actualmente dos importantes tareas por realizar: 1) La creación de organismos

financieros que, como intermediarios, recojan ahorros y los canalicen a inversiones productivas; y 2) La dirección del crédito por los bancos y las instituciones especializadas, a plazos medianos y largos, a fin de sostener las actividades del desarrollo económico.

Compartiendo el criterio respecto a la necesidad económica de la bolsa de valores en el país, creo que debemos propugnar por crear esos títulos de crédito que, atrayendo a los inversionistas nacionales y extranjeros, permitan la formación de un mercado de valores de donde surja la bolsa de valores de Guatemala.

Al mercado de valores se le considera como un instrumento que debe proporcionar a las empresas los recursos de capital que necesitan para su expansión y como medio distribuidor de los beneficios que se crean mediante el progreso. Inicialmente se pensó que a un mercado de valores sólo debían concurrir inversionistas poderosos con grandes capitales, haciendo poco caso, o totalmente ignorando los ahorros del grueso de la población; ahorros que aisladamente parecerán exiguos, pero que en conjunto pueden constituir los capitales que precisa el aumento de la producción.

Reconocemos que en los países subdesarrollados, entre los cuales se encuentra Guatemala, los recursos financieros son escasos, debido al bajo ingreso nacional ya que la mayoría de los habitantes apenas cuenta con medios para satisfacer sus necesidades más imperiosas. Ahora bien, en todos estos países de poco desarrollo económico, existen recursos institucionales y ahorros en manos privadas, los que no deben subestimarse, debido a que las necesidades del desarrollo económico sí se ayudan con ellos.

Los requerimientos de capital que para su desarrollo económico exige un país como el nuestro, aumentan constantemente, por lo que no deben desapercibirse todas aquellas fuentes de capital susceptibles de convertirse en inversiones productivas.

La captación de los recursos financieros indicados hacia inversiones productivas, no ha sido posible por la ausencia de instituciones y mecanismos adecuados así como de instrumentos

de crédito de variada naturaleza y suficientes atractivos para inducir al inversionista a su adquisición.

Entre los efectos que ocasiona la falta de mecanismos canalizadores del ahorro para el financiamiento de las empresas privadas, está el de forzar a éstas a la gestión de créditos en el sistema bancario creando presiones en la política monetaria del país. Lo anterior además limita la expansión de las empresas, toda vez que con frecuencia sus gestiones no son resueltas favorablemente, privándolas de los recursos indispensables para su desarrollo.

Es conveniente que los empresarios den oportunidades al público para participar en sus empresas, invitándolos a concurrir con su capital tanto para correr los riesgos de sus inversiones como para obtener parte de sus beneficios.

Los establecimientos bancarios, mediante sus operaciones fiduciarias, pueden absorber los ahorros que se encuentren ociosos en manos privadas, canalizándolos hacia empresas urgidas de capital.

Dentro de las actividades principales que un banco dedicado a operaciones fiduciarias, puede desarrollar, está "El fideicomiso".

El objeto de esta tesis es presentar algunas de las principales características del fideicomiso, sus componentes, su campo de aplicación y algunas sugerencias para su desarrollo en nuestro medio.

Consideramos oportuno mencionar que entre los economistas, contadores públicos y auditores del país, se ha despertado últimamente cierta inquietud acerca del fideicomiso, y así encontramos que en el primer Congreso nacional de estos profesionales, celebrado en agosto de mil novecientos sesenta, bajo el número quince y en la Comisión de política monetaria y bancaria, se aprobó la resolución que dice:

El I Congreso nacional de economistas, contadores públicos y auditores de Guatemala, considerando: Que no puede seguirse desconociendo la utilización de una institución jurídico-econó-

mica como el fideicomiso, que ha demostrado ser en la práctica bancaria de otros países un eficaz instrumento para la movilización de fondos y la preservación de patrimonios; Que para las instituciones bancarias de Guatemala el fideicomiso tiene un campo de aplicación de amplias posibilidades tanto en la administración de valores, fondos y bienes ajenos, como coadyuvantes en la organización del mercado de capitales; Que la práctica de los actos y operaciones de fideicomiso puede redundar en beneficio del desarrollo económico y financiero del país, así como de los inversionistas, y de las instituciones bancarias; Que tanto en la Constitución de la República como en la ley de bancos existe ya un marco legal básico que podría servir para introducir en la legislación guatemalteca las normas que encaucen debidamente los actos y operaciones del fideicomiso; por tanto, recomienda:

- 1º A los bancos privados y estatales del país se interesen en las operaciones del fideicomiso, cuya aplicación en el campo de la administración de valores, fondos y patrimonios ajenos ofrece perspectivas útiles en el funcionamiento bancario y provechosas a la economía nacional.
- 2º Al Ministerio de Economía propiciar el estudio de las reformas legislativas necesarias a fin de hacer posible la práctica del fideicomiso en su forma moderna; asimismo propiciar la emisión de las normas que lo encaucen como una operación bancaria de acuerdo con principios y métodos sanos que garanticen los recursos dados en fideicomiso.

Al formular en esta tesis algunas consideraciones sobre el fideicomiso y sus aplicaciones, tratamos de hacerlo de una manera clara, sin dejar de hacer observaciones en su fondo científico.

Es necesario indicar que en Guatemala el fideicomiso aún no ha sido debidamente legislado, únicamente contamos con el precepto constitucional que permite su práctica, haciéndose indispensable y necesario abogar por la emisión de las dispo-

siones legales que normen y garanticen su práctica en nuestro medio.

Inicialmente presentamos en esta tesis una breve relación histórica de las figuras jurídicas que precedieron a la operación de confianza "fideicomiso". Tratamos de llegar hasta la actual acepción del fideicomiso, esbozando las delimitaciones de su significado propio y presentamos algunas de sus diferencias básicas con otras figuras jurídicas que le son similares. Exponemos además algunas ideas acerca del concepto legal de propiedad, su legislación en Guatemala, y la posible adecuación del fideicomiso como una propiedad especial.

Señalamos las experiencias de la institución fideicomisaria en países con estructuras económicas y jurídicas semejantes a la nuestra, y comentamos el fideicomiso como acto jurídico incluido en el Código de comercio de la república de Honduras, citándose sus elementos básicos y sus características.

La aplicación del fideicomiso para actos de inversión, administración, garantía y financiamiento, las hemos estudiado previamente al comentario de la legislación sobre fideicomiso en nuestro país; y exponemos, en el capítulo VI sugerencias acerca de lo que consideramos deben ser las bases para la legislación inicial sobre fideicomiso en Guatemala, incluyendo algunas ideas sobre lo indispensable para fortalecer, con la práctica del fideicomiso, el mercado nacional de valores. En forma concisa indicamos las operaciones de fideicomisos; tratando finalmente de presentar las conclusiones a que nos ha conducido este estudio.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

Fideicomiso

Su nombre, según tratadistas de derecho, se formó con las voces latinas "fides" que significa confianza o fe y "comissum" que equivale a encomendar o encargar.

El concepto del fideicomiso ha variado sustancialmente en relación al que en su origen se le atribuía en la figura jurídica del fideicomiso romano. En la actualidad lo que se conoce y comprende como fideicomiso es, más bien, un derivado del "trust", figura jurídica del Derecho inglés.

Pacto fiduciario

Para ensayar un examen histórico del fideicomiso citaremos en primer lugar el del "Pacto fiduciario".¹

"Un salto de dos milenios en el tiempo será necesario realizar para estudiar esta institución jurídica, que modernamente adquiere cada día más vigor y se presenta en vivo contraste entre el silencio de la ley y su realidad en el mundo de los negocios jurídicos", exclama Claret y Martí al iniciar el estudio del Pacto fiduciario.

Aún cuando en las investigaciones en la historia del derecho no se ha determinado exactamente cuál fue la figura jurídica que se utilizara inicialmente para caracterizar operaciones de confianza, es lógico atribuir al *pactum fiduciae* tal prelación.

1. Claret y Martí "De la Fiducia y del Trust".

Es así como al *pactum fiduciae* se le admite como una de las formas más antiguamente conocidas en el Derecho romano para asegurar una deuda, la que consistía en un contrato por el que el deudor transmitía la propiedad de un objeto como garantía al acreedor, con el acuerdo de que éste lo restituiría al pagarse la deuda. Si el deudor no llegaba a cumplir su obligación, el acreedor se adjudicaba la propiedad del bien, aún cuando el valor del mismo excediere al monto del crédito que garantizaba, sin que se le pudiera pedir compensación alguna por la diferencia.

Según Claret y Martí² el *pactum fiduciae* es un contrato por el cual, quien recibe la propiedad de una cosa queda civilmente obligado a restituirla en circunstancias previamente determinadas.

En vista del problema que surgía para el deudor, cuando su acreedor enajenaba los bienes que le entregaba en pacto de confianza, en algunos casos y durante el plazo del préstamo, el deudor retenía en calidad de préstamo o de arrendamiento, aquel bien que había transmitido a su acreedor en propiedad fiduciaria.

Puede decirse que el *pactum fiduciae* era una venta a la que se agregaba el derecho de recuperación por parte del vendedor, o sea el mismo contrato que hoy se designa como venta con pacto de retroventa.

Como indicamos, la fiducia se aplicó más a operaciones de garantía a diferencia del fideicomiso que, como veremos adelante, alude típicamente a un encargo de confianza.

Fideicomiso romano

Debemos convenir en que el hombre por su idiosincrasia, siempre se ha ingeniado la manera de encontrar caminos para eludir aquellas disposiciones legales que le impiden realizar algunos de sus deseos; así, al fideicomiso romano le atribuyen

² Obra citada.

su origen en el deseo de los testadores de eludir las restricciones y prohibiciones que imponían las leyes romanas de herencia, según las cuales no podían ser beneficiarios de un legado las municipalidades, las mujeres, los proscritos, los póstumos, los libertos y otros más.

También se utilizaba el fideicomiso cuando, por motivos de lugar o de momento, el autor de la herencia no podía legalmente otorgar testamento.

Lo anterior dio lugar a que se utilizara el subterfugio de instituir heredero a una persona legalmente capaz de ejercer ese derecho, pero recomendándole el testador que entregara la herencia a quien éste en definitiva deseaba favorecer.

Quienes utilizaban esta clase de procedimiento, confiaban en la honestidad y buena fe de las personas a quienes designaban como herederos, toda vez que, legalmente, el beneficiario cierto no podía alegar incumplimiento del encargo por las incapacidades para heredar que contenían las normas legales de ese entonces y que le afectaban; es decir no contaban con sanción legal ni acción judicial para reclamar ante las autoridades, el beneficio de aquellas herencias.

Debido al auge que cobró este acto jurídico en Roma y por presiones de la opinión pública, se inició la acción de las autoridades para vigilar que esos encargos hereditarios fueran cumplidos tal y como era el deseo del testador, llegando a tener posteriormente, la protección completa y decidida de las autoridades judiciales.

Con la intervención de fuerzas legales en el cumplimiento de esos encargos, fue desapareciendo la aplicación del fideicomiso romano, ya que al utilizarse para defraudar la acción legal, el acto se declaraba nulo.

Al desecharse el fideicomiso romano, surgió la "Sustitución fideicomisaria", ya no como un acto para burlar la ley sino para transmitir bienes, como veremos a continuación.

Sustitución fideicomisaria

Consistía la Sustitución fideicomisaria, en la simple vinculación de los bienes y patrimonios de una familia. Esta figura jurídica se conoce también con los nombres de Fideicomiso gradual, Fideicomiso conservativo, Fideicomiso familiar, Fideicomiso sucesivo o Fideicomiso perpetuo.

Consideramos conveniente dejar claramente establecida la diferencia entre el fideicomiso romano y la sustitución fideicomisaria. Por el primero se nombraba heredera a una persona legalmente capaz de ejercer ese derecho, con el encargo de beneficiar con el legado a otro incapaz según las normas legales de ese entonces; por la Sustitución fideicomisaria se establecía un orden de sucesión en el beneficio de la herencia por tiempo indefinido; así se usaba para perpetuar los bienes en una sola familia o en agrupaciones constituidas por personas morales determinadas, es decir que se transmitía la propiedad de los bienes a una persona para que los conservara durante su vida, debiendo a su muerte, trasladarlos a otra persona quien, a su vez, debía conservarlos durante su propia vida y transmitirlos a su muerte a una tercera persona en las mismas condiciones, y así sucesivamente.

Estas sucesiones fideicomisarias fueron totalmente prohibidas en Francia, en el año de 1849³ dado el auge que con su aplicación había cobrado el feudalismo y la monarquía. Actualmente aún predomina el criterio de prohibir la existencia de Sucesiones fideicomisarias.

Usos o trusts

Hemos indicado que el fideicomiso que se conoce y aplica en la actualidad, en los países que lo han legislado, se considera como un derivado del "Trust inglés", y no del fideicomiso romano.

3 Rodolfo Batiza, "El Fideicomiso".

Hácese necesario pues, describir en forma breve este acto jurídico del Derecho inglés.

Para evadir las prohibiciones, nulidades y cargas legales, el pago de tributos y faltar en el cumplimiento de sus obligaciones, los ingleses se valieron del "trust", al igual que los romanos lo hicieron con su fideicomiso.

Como dijimos, los romanos utilizaban el fideicomiso como un medio para transmitir herencias a favor de personas incapacitadas legalmente para heredar, en cambio los ingleses emplearon su "trust" para un número ilimitado de propósitos con el fin de eludir numerosas restricciones y prohibiciones establecidas en su época por las normas legales vigentes.

Lo anterior explica por qué el fideicomiso romano se extinguió al desaparecer las limitaciones hereditarias y, en cambio el "trust", con modificaciones a su forma original, perdura en la actualidad como una institución jurídica más útil y de aplicación práctica casi ilimitada, así la vemos en operaciones de administración, inversión, garantía y financiamiento.

Para conocer el "Trust inglés", es necesario antes examinar algo respecto de los "usos" ("uses")⁴ que fueron sus precursores.

El "uso", cuyo origen quizá se remonta al siglo XIII, se utilizó inicialmente, para que el propietario de una tierra traspasara su dominio a otra persona, con el entendido de que sería una tercera persona la que tendría el derecho a disfrutar de todos los beneficios del verdadero propietario del bien. Coexistían simultáneamente, pues, dos propietarios y dos dominios respecto de una misma cosa; es decir, que a uno correspondía la nuda propiedad y a otro el dominio útil; para ello es de interés recordar que la nuda propiedad hace referencia a cierta propiedad limitada, ya que se ha restringido a su propietario del derecho de disfrute; en cuanto al dominio útil, éste corresponde al derecho de poseer un bien y de disfrutar de sus productos; en el caso citado, el dominio útil era ejercido por una tercera persona.

4 Sin relación alguna con el actual "Derecho de Uso".

El "uso" se diferencia del principio romano del "usufructo" en que el usufructuario sólo percibía el beneficio de la cosa, en cambio en el "uso" la persona que recibía el dominio del bien, debía tenerlo para beneficio y a disposición absolutos de tercera persona.

Se usó, además, durante las guerras en Inglaterra y para prevenir la confiscación y proteger a la familia. Los terratenientes que participaban en la guerra, cedían sus bienes a una persona de su confianza, en el entendido que ésta los poseería para uso exclusivo del propio otorgante o de sus herederos. Si el cedente caía prisionero y se ordenaba una confiscación de sus bienes, los confiscadores se encontraban con que aquél no poseía haberes.

También se empleó para burlar acreedores, mediante el traspaso fraudulento hecho por el deudor de sus propiedades a otra persona, reservándose el uso de los mismos, con lo que el acreedor no podía ejecutar su crédito. Posteriormente esta última práctica del "uso" fue restringida, haciéndose embargable el "uso reservado" por los deudores para pagar a sus acreedores.

Los "usos" eran considerados como actos sujetos de "derecho de equidad" y sus controversias se arreglaban en tribunales de equidad, pero no se admitía ni se aplicaba el principio de que "La equidad sigue al derecho estricto".

Los "usos" constituyeron un medio fácil para el fraude de acreedores y las ventajas que representaba para unas personas repercutía en perjuicios correlativos de otras (ej. al primogénito, a quien se desheredaba para favorecer a sus hermanos menores). En todo caso, los "usos" consistían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre (persona a quien se trasladaba la propiedad del bien).

En el año de 1535⁵ y debido a la fuerte oposición que se suscitó contra la práctica de los "usos", fue promulgada la

5 Rodolfo Batiza. Obra Citada

llamada "Ley de usos". Dicha ley no decretó la ilegalidad de los "usos" ni privó al beneficiario de su derecho de equidad, sino que adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en "uso".

Ya en la aplicación de la "Ley de usos", se pudo comprobar que ésta adolecía de lagunas y de consiguiente no comprendía todas las situaciones para las cuales se empleaba el "uso". Por ello, la persona encargada de resolver los litigios provenientes de los "usos", dispuso conceder efectos jurídicos a los negocios semejantes a los "usos", pero que no estaban comprendidos en la citada ley, negocios que más tarde se denominaron "trust".

El "trust" cuyo origen dejamos esbozado y que más adelante trataremos de definir y presentar como fideicomiso actual, no corresponde a lo que económicamente se denomina en la actualidad con el mismo nombre (trust).

Trust económico

En la vida de los negocios y bajo el régimen de libre competencia, existe una finalidad: la victoria sobre el competidor. Este objetivo se puede lograr por cualquiera de los siguientes medios: a) que el competidor se declare vencido y se convierta así en un dependiente de la empresa ganadora; o b) que se logre un acuerdo en el que las empresas eliminen sus competencias.

Por la primera surge un "trust" y por la segunda un "cartel", existiendo entre ambas, combinaciones intermedias. El trust así considerado, quizá tenga su origen en el derecho inglés, que prevé la transferencia de bienes a otra persona para que lo represente.

En 1882 el trust sirvió de inspiración a la forma jurídica que utilizó Estados Unidos para ese género de asociaciones que más tarde fueron prohibidas en su legislación. Usando este nombre, trust, se unían varias compañías entre sí financieramente,

y principalmente, sujetas a una misma dirección. El trust no tiene necesariamente el carácter monopolista, tal el caso en Estados Unidos del trust de la General Motors Corporation, ya que existe también el trust de la Ford Motor Company.

Las características que se desean resaltar en el trust económico y sus sinónimos son:

- a) extensión del grupo económico;
- b) unión financiera o administrativa; y
- c) su tendencia a la expansión.

La política hostil hacia la existencia y creación del trust ha hecho que los contratos formales, por los que se constituían, se transformen en convenios verbales (*gentlemen's agreements*).

En síntesis, podemos indicar que el trust económico se conoce como la unión de intereses de organizaciones, cuyas tendencias y prácticas monopolísticas se dirigen a suprimir la libre competencia.

Como se aprecia, la acepción económica del trust es por completo ajena a la institución jurídica modelo, precursor del fideicomiso moderno al que nos estamos refiriendo en el presente trabajo.

Trust o fideicomiso actual

Ahora bien, con el propósito de llegar a concebir exactamente el significado del fideicomiso y sus implicaciones jurídicas, presentamos seguidamente una definición de trust.

"El trust es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley, en virtud de la cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas, que indistintamente pueden exigir la obligación", nos dice Rodolfo Batiza en su obra citada, y agrega que, debido a la complejidad de usos del trust, resulta

difícil una definición que lo comprenda exactamente, llegándose a indicar que hasta la fecha no se puede emitir una definición que abarque todas sus características.

En el trust, el derecho de propiedad se desdobra, en primer lugar, en lo que respecta a la administración y en segundo en lo referente a su provecho económico; es decir, que la propiedad de los bienes la tiene una persona, quien la administra en beneficio de otra o de un fin determinado.

Es necesario indicar que se considera imposible una traslación perfecta del trust a los sistemas de derecho romanístico, por lo que en los países latinos se ha incorporado en su legislación una institución inspirada en el trust bajo el nombre de fideicomiso. El doctor Alfaro inspirado en el trust inglés, introdujo dicho fideicomiso en el derecho de Panamá ya que tuvo en cuenta que el fideicomiso romano resultaba actualmente una figura inútil, sin amplitud de acción.

En México se hizo una adaptación parcial del Trust, tomando como fundamento los proyectos Limantour y Creel. Así la Ley de títulos y Operaciones de crédito de 1941, contiene la siguiente definición de fideicomiso: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Al decir institución fiduciaria se refiere a Bancos autorizados y dedicados especialmente a operaciones de confianza y, por consiguiente, involucran el fideicomiso dentro del Derecho bancario.

Todo lo anterior nos lleva a indicar que bajo el nombre de fideicomiso se tratará en adelante de una nueva institución jurídica, como adaptación del trust inglés, y no como derivado ni con relación alguna con el fideicomiso romano o con el del trust económico.



CAPITULO II

CONCEPTOS BASICOS DEL FIDEICOMISO

Diferencia frente a figuras semejantes

De las difiniciones de trust y fideicomiso incluidas, se puede indicar como característica general de esta figura jurídica, el traslado temporal de bienes a una persona, para cumplir un fin determinado.

En el fideicomiso intervienen tres sujetos de derecho: a) el **fideicomitente**, creador del fideicomiso; b) el **fiduciario**, ejecutor del mismo y, c) el **fideicomisario**, beneficiario del fideicomiso.

Visto en esta forma, puede encontrársele cierta semejanza al fideicomiso con otras figuras jurídicas, por lo que se hace necesario tratar de indicar brevemente las diferencias fundamentales con cada una de ellas.

Contratos en general

Para distinguir el fideicomiso de los contratos en general, debe reconocerse que en su origen es un contrato, pero que no está limitado a elementos contractuales ordinarios. Un contrato por regla general es susceptible de exigirse o renunciarse únicamente por quienes tomaron parte en el mismo. Los beneficios del fideicomiso sólo pueden reclamarse por la persona a cuyo favor fueron otorgados, sin que pueda reclamarlos o renunciarlos el fideicomitente, a menos que éste sea también beneficiario; es decir que el creador del fideicomiso, como tal,

no tiene derecho de exigirlo para sí mismo. Además puede ocurrir que el beneficiario no haya intervenido en el acto o no haya tenido conocimiento de su existencia; sin embargo, ya vimos que tiene el derecho de exigir su cumplimiento.

Un contrato generalmente se celebra a voluntad de las partes, mientras el fideicomiso deja en libertad al fiduciario de aceptar o no el cargo, pero una vez aceptado por éste, sus obligaciones están legalmente pre-establecidas sin que puedan modificarse por él o por el beneficiario; además el fideicomiso puede existir sin conocimiento del fideicomisario (beneficiario) supeditado sólo a su opinión de aceptarlo o rechazarlo.

Mandato

Para el Mandato, la Enciclopedia jurídica española formula la siguiente definición: "Es un contrato en virtud del cual una persona llamada mandante confiere a otra (mandatario) poder para llevar a cabo en lugar de la primera, uno o varios actos jurídicos".

De lo anterior se establece que el mandato es una convención de confianza, de donde podría indicarse que entre los participantes de esa clase de contratos existe una relación jurídica. El mandatario actúa por el mandante, en su representación y sujeto a su aprobación; en el fideicomiso, aun cuando el fiduciario pueda tener la obligación de entregar los beneficios del fideicomiso al fideicomitente, este último no tiene control sobre el fiduciario. El mandatario no tiene el dominio de los bienes sujetos al mandato, en cambio el fiduciario sí ejerce ese dominio.

Las diferencias que ciertos tratadistas califican como fundamentales entre el mandato y el fideicomiso son: a) La traslación de propiedad de los bienes sujetos al acto jurídico; en el fideicomiso se transfiere la propiedad y en el mandato no; b) El mandato, por su especial naturaleza es revocable a voluntad del mandante, en cambio el fideicomiso no; en el fideicomiso,

el fideicomisario o el fideicomitente pueden exigir que se anule el fideicomiso sólo cuando comprueben que el fiduciario no está cumpliendo con lo pactado, en cambio en el mandato el mandante puede revocarlo, aun cuando el mandatario esté cumpliendo con exactitud sus deberes; y 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 fideicomiso el fiduciario actúa en nombre propio y de consiguiente sus actos no obligan al fideicomitente frente a terceros.

Depósito

Estimamos conveniente aclarar previamente, los conceptos de Depósito en custodia y Depósito bancario de dinero, para entrar a continuación al examen de la diferencia de éstos con el fideicomiso.

El Depósito en custodia, consiste en la recepción de bienes (valores, objetos, etc.), para su guarda con obligación de restituir los mismos bienes a solicitud del depositante, en condiciones iguales.

El Depósito bancario de dinero, otorga la propiedad del mismo al Banco que lo recibe, pudiendo éste utilizarlo para su beneficio, con la única obligación de devolver el nominal equivalente en la misma especie y calidad en el momento que le sea requerido por el depositante o al vencimiento del plazo convenido, si lo hubo.

En el caso de Depósito en custodia, las diferencias básicas con el fideicomiso se pueden indicar fácilmente, así: falta de traslado de propiedad, acto revocable a voluntad de las partes y limitaciones en cuanto a disposición de los bienes por parte del depositario.

En lo que se refiere a las diferencias entre fideicomiso y Depósito bancario de dinero, la situación es más notable al encontrar en el Depósito bancario, el beneficio de intereses que por cierta clase de depósitos pagan los bancos que los reci-

ben; no obstante ello, podemos presentar las siguientes: a) Es un acto revocable a voluntad de las partes, b) El depositario obtiene beneficios directos provenientes del dinero recibido, en el fideicomiso el fiduciario únicamente puede percibir una comisión en pago de sus servicios y c) el plazo de depósito bancario puede ser indefinido; en cambio en el fideicomiso, de acuerdo con las legislaciones sobre el particular, ese plazo es limitado, como indicaremos en otro capítulo del presente trabajo.

Mutuo

El mutuo o préstamo de consumo, es un contrato por el que una de las partes (acreedor) entrega a la otra (deudor) bienes que esta última está autorizada a consumir, con la obligación de devolverle en el tiempo convenido igual cantidad de bienes de la misma especie y calidad.⁶ Como diferencia clásica se señala que el deudor, aún cuando llegara a perder los bienes recibidos sin tener culpa alguna, siempre está obligado con el acreedor y la pérdida del bien no reduce ni elimina su obligación; entre el fiduciario y fideicomisario existe el derecho de propiedad en equidad, relación más fuerte que el simple derecho de crédito que une a deudor con acreedor, pero el fideicomisario sí soporta la pérdida o destrucción del bien fideicomitado, si ésta ocurre sin culpa del fiduciario.

Contrato para transmitir bienes

Contrato para transmitir bienes, también llamado en nuestro medio promesa de venta, por el que una persona adquiere el derecho a adquirir un bien mediante la compra-venta.

Si la persona que adquiere la promesa de venta no cumple con los deberes que le impone ese acto jurídico, el vendedor puede enajenar a otra persona el bien ofrecido en venta.

En el fideicomiso, las calidades de fiduciario y beneficiario no pueden reunirse en la misma persona; en la promesa de

⁶ Elementos de Ciencia y Técnica Bancaria (Natalio Muratti).

venta el adquirente actúa en su propio nombre y para su beneficio. Además por ese acto una persona puede adquirir la propiedad de un bien por tiempo indefinido, en cambio por el fideicomiso, la propiedad que adquiere el fiduciario es temporal.

Las diferencias del fideicomiso con el usufructo, la prenda, la habitación y el uso, serán comentadas en el capítulo siguiente, al considerar las limitaciones al derecho de propiedad.

CAPITULO III

EL FIDEICOMISO FRENTE AL CONCEPTO LEGAL DE PROPIEDAD

Hemos indicado que una de las características esenciales del fideicomiso la constituye la transferencia del dominio sobre los bienes fideicomitidos, que hace el fideicomitente a nombre del fiduciario. Por ello estimamos de interés presentar algunas consideraciones en relación al fenómeno jurídico producido por la naturaleza del concepto de propiedad, ante el sentido legal del fideicomiso; para lo cual principiaremos examinando brevemente el concepto de propiedad.

Derecho de propiedad

Debemos distinguir inicialmente la separación jurídica entre propiedad pura y el derecho de propiedad; en el primero, se considera la propiedad en abstracto y se la define, bajo el doble aspecto de hecho y de derecho, según la Enciclopedia jurídica española, como: "El lazo existente entre una persona y una cosa, cuando la persona ha adquirido sobre esta cosa, un poder de disposición absoluto y la ha destinado a la satisfacción de sus necesidades".

En el segundo caso, aceptando el derecho de propiedad como conjunto de relaciones jurídicas, se presenta definido como "El derecho exclusivo de emplear una cosa para la satisfacción de nuestras necesidades, respetando el derecho de los demás".⁷

7 Enciclopedia jurídica española. Tomo XVI

En su obra sobre Instituciones de Derecho civil, Biagio Brugi presenta la definición de propiedad contenida en el Código italiano, derivada del concepto de propiedad anotada en el Código de Napoleón; dice Brugi que propiedad "es el derecho de gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta, con tal que no haga de ella, un uso prohibido por las leyes o reglamentos". Aun cuando reconoce que el propietario tiene uso y disposición absolutos sobre sus bienes, limita ese uso y disposición hasta lo prohibido por las leyes y reglamentos: es decir que reconoce el derecho de propiedad como un poder sujeto a límites necesarios.

La Constitución de la República, en su artículo 126 establece como una de sus garantías fundamentales, que toda persona puede disfrutar libremente de sus bienes, de acuerdo con la ley.

Posesión

Generalmente se confunde a la posesión con la propiedad, tomándolas como sinónimos; no obstante que la posesión es la detentación simple de una cosa o el goce de un derecho que uno tiene por sí mismo o por medio de otro que detente la cosa o ejerce el derecho en nombre de aquél. De ahí que pueda existir el caso de que el poseedor no sea el propietario. El artículo 479 del Código civil, indica que posesión es la tenencia o goce de un bien con el ánimo de conservarlo para sí.

Elementos del derecho de propiedad

La propiedad se reconoce como un derecho real, aceptando que existe relación jurídica entre el agente o propietario y la cosa o propiedad, independientemente de toda otra persona; asimismo se clasifica en plena o perfecta e imperfecta. Como propiedad plena o perfecta se califica si todos los elementos que comprende el derecho, permanecen en una sola mano; en cambio, será imperfecta cuando los derechos que comprenda

radican en varias manos y si está sujeta a cierta circunstancia o condición, por virtud de la que puede desaparecer o modificarse.

Entre los elementos que integran el derecho de propiedad están el derecho de goce y el derecho a disponer de la cosa. Como derechos de goce están el de uso de la cosa y el de percibir sus frutos; y en cuanto a derecho de disponer de ella, está el de destruirla, enajenarla o abandonarla. No obstante, se reconoce que no se puede disponer a perpetuidad de las cosas, debido a que el interés de generaciones futuras no puede ser ligado por el capricho consignado por el propietario de una fundación o en un testamento, estimándose que por derecho natural las estipulaciones no deberían tener más efecto que durante la vida de los que la han convenido. Nuestro Código civil en sus artículos 388 y 395 establece que: La propiedad es inviolable y comprende los derechos de posesión, accesión, transformación e indemnización. Cualquier limitación de la propiedad sobre inmuebles a favor de una o más personas debe ser temporal y no puede establecerse por más de cincuenta años, salvo las servidumbres.

En el derecho de propiedad intervienen dos elementos: a) el sujeto de derecho, que en nuestro sistema jurídico puede radicar en una persona natural o en una persona jurídica; y b) el objeto, es decir todo aquello que, por efecto de este derecho puede ser nuestro. Conviene advertir que nuestro ordenamiento reconoce que todos los objetos que no son susceptibles de propiedad privada, reciben el nombre de cosa, en sentido específico, pero no son bienes, denominación que al contrario la aplica el derecho a cuantos objetos pueden constituir derecho de propiedad. Además reconoce la división de bienes en corporales, incorporales y mixtos; indicando que la posesión de los bienes corporales constituye título suficiente de propiedad. El Código civil en el artículo 368 clasifica los bienes en: muebles, inmuebles, semovientes, derechos y acciones. Especifica los derechos y acciones que pueden ejercitar las personas para exigir de otro que dé, haga o deje de hacer alguna cosa.

Limitaciones al derecho de propiedad

Como se indicó, el derecho de propiedad comprende el conjunto de facultades de disposición y uso de bienes, pero sujeto a determinadas limitaciones. Así tenemos limitaciones al derecho de propiedad impuestas por la ley, e impuestas por voluntad del propietario.

Dentro de las limitaciones impuestas por la ley encontramos la expropiación por causa de utilidad pública; la intervención de ciertos actos de goce que se hace en beneficio del interés público (tala de árboles, explotación de minas, cultivo de opio, etc.); el establecimiento de ciertas servidumbres (paso, aguas, acueducto, etc.); los impuestos; las responsabilidades pecuniarias procedentes de un delito o falta, o de infracciones de preceptos administrativos y las que afectan a la libre disposición (exportar azúcar en caso de escasez). En Guatemala y por precepto constitucional, está prohibida la confiscación de bienes.

Las limitaciones impuestas por el propietario y que algunos tratados de derecho las presentan como "derechos sobre las cosas de otro"⁸ se dividen en: "Derechos de disfrute" y "Derechos de garantía"; en los primeros incluyen el uso, la habitación, el usufructo y las servidumbres voluntarias; y en los segundos, se clasifican la prenda, la anticresis y la hipoteca.

Con el propósito de desvanecer cualquier similitud que aparentemente se pudiera encontrar entre las figuras jurídicas arriba citadas, con el fideicomiso, incluimos a continuación, algunos conceptos generales de aquellas figuras.

Usufructo

Por usufructo, se conoce el derecho de gozar de las cosas que son propiedad de otro, del modo como disfrutaría de ellas el propietario, pero con la obligación de conservar su substancia, tanto en lo que dice a la materia como a la forma.

8 Biagio Brugi. Obra Citada.

La parte final del concepto anterior no tiene aplicación para el usufructo de bienes fungibles, por lo que nos parece más general la acepción de que usufructo es el derecho de transferir un beneficio por tiempo determinado a persona distinta al propietario.

El usufructo está limitado a un plazo de 30 años en nuestro sistema legal, para evitar que haya separación perpetua entre el derecho de goce y el de propiedad. El usufructo surge de acto entre vivos, de última voluntad o por disposición legal que interpreta el derecho de familia y de sucesión hereditaria.

Corresponden al usufructuario todos los frutos naturales y civiles que pueda producir el bien que se tiene en usufructo; asimismo, goza el usufructuario, en general, de los derechos de que podría disfrutar el propietario y puede ceder su derecho de usufructo por cualquier título oneroso o gratuito, así como someterlo a prenda o hipoteca.

Se pueden advertir como diferencias entre el usufructo y el fideicomiso, que el usufructuario percibe el beneficio y la posesión de los bienes en usufructo, siendo posible ceder su derecho o someterlo a prenda o gravamen; el fiduciario por su parte no percibe el beneficio del fideicomiso y sí obtiene la propiedad de los bienes fideicomitados y en todo caso su derecho como fiduciario no lo puede ceder ni someterlo a prenda o gravamen.

Uso

Considerando otro de los derechos de disfrute, o sea el uso diremos que es el derecho de gozar los frutos de un bien dentro de los límites de lo indispensable para cubrir las necesidades propias y las de la propia familia. Este límite de necesidades es el que determina su diferencia con el usufructo.

Habitación

La habitación, señalada como otro derecho de disfrute, es el derecho de uso de un bien inmueble con el fin de habitarlo con la familia propia, dentro de los límites de lo necesario.

Tanto el derecho de uso como el de habitación, no pueden cederse, ni arrendarse, dada su característica especial de estar limitado a las necesidades personales.

Servidumbres

En cuanto a servidumbres prediales, son aquellas cargas impuestas sobre un inmueble para uso y utilidad de otro predio perteneciente a distinto propietario. Estas servidumbres resultan muchas veces por necesidad o en interés público.

Prenda

Por otro lado, los derechos reales de garantía forman parte del sistema de normas con que se asegura el cumplimiento de una obligación. Así, el contrato de prenda consiste en otorgar como garantía para el cumplimiento de la obligación, el derecho prendario sobre un bien mueble al acreedor, con el fin de que éste, en caso de incumplimiento, pueda hacerse pago con el producto de la venta del bien dado en prenda.⁹

Pueden ser objeto de prenda todos los bienes muebles, corporales e incorporales, un crédito, una parte del sueldo, las plantas que sólo puedan utilizarse mediante el corte o los frutos pendientes de las plantas, separados de ellas o por obtenerse (prenda agraria), etc. Su diferencia con el usufructo, el uso y la habitación, consiste en que el acreedor pignoraticio no tiene derecho a los frutos o beneficios del bien, por el destino de garantía a que se sometió. Cuando se da en prenda un bien inmueble, otorgando al acreedor el derecho a percibir los frutos de dicho bien, el contrato se denomina **anticresis** (Art. 2,008 Código civil).

⁹ El artículo 136 del Código civil, dice: "La prenda es un gravamen que se constituye sobre bienes muebles, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Hipoteca

La hipoteca o derecho real constituido sobre bienes del deudor o de un tercero en beneficio de un acreedor, para asegurar con ellas la satisfacción de una obligación, es un vínculo abstracto que no priva al deudor de la posesión ni de la disponibilidad de los bienes. La hipoteca es un gravamen que sigue al bien en cualquier poseedor; además, la hipoteca debe someterse a los dos principios de publicidad y especialidad. Nuestro Código civil establece que la hipoteca produce efectos en cuanto a terceros, desde que la escritura respectiva se entrega al Registro de la Propiedad Inmueble, para su inscripción.

Medios de adquirir la propiedad

La propiedad se puede adquirir por cualquiera de los siguientes medios: a) ocupación; b) accesión; c) invención; d) tradición; e) sucesión; f) contrato; g) prescripción; h) donación.

La ocupación o posesión de buena fe, es la toma de posesión de los bienes sin dueño. La accesión es la que surge en forma natural, producida por el bien propio o, aquello que se le incorpora o une mediante el trabajo. Nuestra legislación reconoce el derecho de accesión, disponiendo que los frutos naturales y civiles pertenecen al propietario del bien que los produce; señala como frutos naturales los que provienen directamente del bien, con o sin la industria del hombre y como frutos civiles los que no siendo producidos por el bien mismo, proceden de él por contrato, última voluntad o por ley (alquileres, rentas, intereses).

La invención es la creación o hallazgo de bienes; por tradición, se interpreta la traslación de la posesión del bien al adquiriente. No prevalece en las legislaciones actuales la idea de que todos los derechos del hombre se extingan con él y que su muerte pone fin a sus obligaciones; a ello se debe que se reconoce la sucesión de bienes, o sea el cambio de propietario

por muerte del anterior, mediante acto de última voluntad o por designación de la ley.

El contrato constituye la forma de adquirir la propiedad mediante el único efecto de la voluntad de las partes. La adquisición de la propiedad mediante el simple transcurso del tiempo, pero bajo condiciones determinadas, se denomina prescripción adquisitiva. La donación es un medio para el traslado de propiedad mediante el obsequio de un bien que el propietario hace a otra persona, sin exigirle contraprestación alguna, por más que se reconozcan las donaciones de carácter compensatorio, o sea obsequios dirigidos a compensar servicios que fueron prestados sin la idea de retribución. Se diferencia de la sucesión en que ésta se hace como manifestación de última voluntad y la donación surge de actos entre vivos, sin embargo, en nuestra legislación se incluyen donaciones "por causa de muerte", lo que en realidad de técnica jurídica no es sino legado.

En nuestro sistema legal se admiten como medios de adquirir la propiedad: la invención, ocupación, sucesión, enajenación y prescripción.

Modos de extinguir el derecho de propiedad

De las formas anteriormente indicadas para adquirir la propiedad, pueden deducirse los medios por los cuales se extingue cada derecho. Así tenemos que el derecho de propiedad, se extingue por voluntad del propietario que la transfiere a otro, según los medios legítimos (contrato, donación, sucesión, tradición), o la pierde en caso de revocación o por abandono del bien objeto del derecho (con esto surge la ocupación y prescripción adquisitiva para otra persona); finalmente, la propiedad se pierde por confiscación. Ahora bien, la pérdida de la posesión (robo) no extingue el derecho de propiedad.

Hemos expuesto algunos aspectos del derecho de propiedad para relacionarlos con el fideicomiso, y así nos referimos a los términos de copropiedad y de copropietario: por la pri-

mera, se expresa el dominio de un mismo bien poseído en común por varias personas; por copropietario se tiene a la persona que posee dominio sobre un bien conjuntamente con otra o varias.

Propiedad y fideicomiso

El fideicomiso es un medio jurídico de traslación de propiedad mediante un contrato. Sin embargo, la propiedad que el fiduciario adquiere sobre los bienes fideicomitidos es imperfecta, toda vez que está limitada a los fines del fideicomiso; y si los bienes fideicomitidos no se extinguen o enajenan con motivo del fideicomiso, la propiedad de los mismos regresará al propietario anterior. 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 ocurre lo mismo en cuanto a bienes inmuebles, en donde el problema resulta más complicado, toda vez que no basta la simple traslación de la posesión, pues la ley únicamente reconoce como propietario de un inmueble aquel a cuyo favor aparece inscrito en los registros de la propiedad raíz; es por ello que el fideicomiso de bienes inmuebles, debe anotarse en dichos registros, para que la modificación de propietario de los mismos, que surge del acto del fideicomiso contratado, tenga validez legal.

Para concluir esta parte del presente estudio, conviene considerar el beneficio del fideicomisario. Dijimos que al propietario corresponden los frutos naturales y civiles de sus bienes, de acuerdo con la doctrina jurídica y con la legislación civil; ahora bien, en el fideicomiso, aun cuando se transfiere al fiduciario la propiedad de los bienes fideicomitidos el beneficio o fruto de los mismos no corresponde a éste (al fiduciario), sino pertenecen al fideicomisario o beneficiario.



Después del breve análisis anterior, estamos ya en capacidad de señalar las características que tipifican el contrato del fideicomiso:¹⁰

- I La transmisión al fiduciario de los bienes comprendidos en el fideicomiso tiene la siguiente característica: El fiduciario no es simplemente un depositario o un administrador, sino un propietario; puede disponer de los bienes, pero de acuerdo con los términos del contrato de fideicomiso.
- II Los bienes cuya propiedad se transmite al fiduciario no pueden ser administrados por éste en su interés personal, sino únicamente en favor de otro a cuyo fin están afectados; los beneficios obtenidos, son para provecho del fideicomisario, no del fiduciario. El fiduciario en todo caso, tendrá derecho a una retribución por sus servicios, de acuerdo con lo estipulado en el contrato respectivo.
- III El fideicomiso es esencialmente temporal; al finalizar su plazo el fiduciario debe entregar los bienes, ya sea al fideicomitente o al fideicomisario, según se haya convenido; asimismo debe rendir cuentas de su actuación.
- IV El fideicomiso ha creado un nuevo tipo de dominio dentro del derecho de propiedad, implicando un traslado de dominio y propiedad a favor del fiduciario que debe inscribirse en los registros de la propiedad, cuando afecta bienes inmuebles.

Propiedad del fiduciario

El fiduciario aparece frente a terceros como propietario de los bienes fideicomitidos, pero no tiene sobre esos un domi-

10 Claret y Martí: Obra Citada

nio que le permita su plena disposición y disfrute, toda vez que está sujeto a las siguientes limitaciones:

1. El uso, disfrute y dominio de los bienes se ejerce en función del fin para el que fue establecido el fideicomiso, y no en interés o beneficio del fiduciario;
2. Todo beneficio económico del fideicomiso corresponde y pertenece al fideicomisario;
3. Si el fiduciario se saliese de los límites fijados en el contrato del fideicomiso, el fideicomisario o el fideicomitente pueden impugnarle lo actuado y deducirle las responsabilidades legales; y
4. Terminado el fideicomiso, los bienes deben volver al fideicomitente, con excepción de aquellos que por virtud del fideicomiso hayan sido enajenados o entregados en dominio pleno al fideicomisario.

CAPITULO IV

ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

Las legislaciones sobre fideicomiso vigentes en México y Honduras, coinciden con la teoría jurídica, reconociendo como elementos básicos del fideicomiso los siguientes:

- a) sujetos;
- b) objeto;
- c) fin.

Concurren como sujetos del fideicomiso, según hemos indicado en otro capítulo de este trabajo, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario.

En cuanto al objeto, se denomina como tal, todo aquel bien que es materia del fideicomiso, pudiendo ser bienes muebles, inmuebles, corporales, incorporales, presentes o futuros. No obstante lo anterior, existen las siguientes condiciones para considerar a un bien como objeto del fideicomiso:

- a) debe existir en la naturaleza;
- b) debe estar en el comercio; y
- c) debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie.

Por otro lado, se acepta que no serán objeto de fideicomiso los bienes que no pueden ser poseídos por algún individuo exclusivamente, o sean los que la ley declara irreductibles a pro-

piedad particular y los que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular.

El propósito que se persigue al crear un fideicomiso es lo que constituye el fin, que debe ser lícito.

Resultaría nulo un fideicomiso en donde el objeto o el fin, uno u otro indistinta o conjuntamente, no fueran lícitos.

Requisitos de constitución

Las formas de constituir un fideicomiso surgen por acto entre vivos, mediante la vía unilateral o por acto de última voluntad, por medio del testamento o sea aquella operación que tendrá efecto después de la muerte del fideicomitente.

Se considera que el convenio toma vida jurídica al aceptar el cargo el fiduciario; para ello se tiene en cuenta que será el fiduciario quien dará cumplimiento al fideicomiso y a quien se le imponen deberes y obligaciones, por lo que su aceptación es preferente a la del fideicomisario, a quien se beneficia con los derechos del fideicomiso y es, por consiguiente, más posible la excusa del primero que la renuncia del segundo.

De ahí que la aceptación por parte del fiduciario, se tenga como un elemento básico para la existencia del fideicomiso. La aceptación del fiduciario debe ser expresa y constar, ya sea en el título que creó el fideicomiso o en escritura pública especial.

La persona que constituya un fideicomiso debe gozar de plena capacidad para contratar, toda vez que el contrato respectivo sólo puede ser otorgado por una persona que no tenga impedimento legal. Sin embargo, pudiéramos decir que existen excepciones, ya que se permite que los incapaces, de acuerdo con la ley, puedan ejercitar sus derechos y contraer obligaciones, mediante un representante legal, es más, aun a las personas capaces se les concede el derecho de hacerse representar mediante personas legalmente autorizadas. Ahora bien, si el fideicomiso que se desea constituir es testamentario, no se admite representación dado que al testamento se le tiene como un

acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte. Nuestro Código Civil (Arto. 822), determina por otra parte, como persona que no pueden testar:

1. El menor de edad;
2. El que se halle bajo interdicción;
3. El sordomudo y el que hubiere perdido el uso de la palabra, cuando no pueda darse a entender por escrito; y
4. El que sin estar bajo interdicción no gozare de sus facultades intelectuales o volitivas por cualquier causa, en el momento de testar.

Para que el fideicomiso se considere válido, es necesario que se cumplan los requisitos siguientes:

- 1º Su forma de constitución, 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.
- 2º Obtener las autorizaciones administrativas necesarias, cuando la persona designada como fiduciario tenga prohibiciones para actuar como tal o para adquirir la propiedad de determinados bienes. Es necesario recordar que para algunas personas o empresas extranjeras existen ciertas limitaciones en cuanto al derecho de adquirir propiedades en el país.
- 3º Si el fideicomiso se refiere a bienes inmuebles, debe inscribirse en el Registro de la propiedad raíz, para que la transmisión de dominio correspondiente surta efectos frente a terceros.

Cuando sean muebles los bienes fideicomitidos, el fideicomiso surte efectos contra terceros, desde la fecha en que se cumplan las formalidades siguientes:

- 1º Un crédito no negociable o un derecho personal, desde que el fideicomiso sea notificado al deudor.
- 2º Títulos nominativos, desde que éstos se endosen a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso.
- 3º Si los bienes fideicomitidos son cosas corporales o títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

En lo que se refiere al aspecto tributario del fideicomiso, es conveniente darle un tratamiento especial, toda vez que el traslado de propiedad que se hace al fiduciario es especial. En países en donde se encuentra legislado el fideicomiso, el traslado de propiedad del fideicomitente al fiduciario, al principio y viceversa al final, del fideicomiso, no causa más impuesto que el de timbre fiscal. Ahora bien, si debido al fin del fideicomiso, el fiduciario debe vender o gravar los bienes, estos actos sí están afectos al pago de los impuestos correspondientes. Asimismo, están afectas las rentas o beneficios que se obtengan de los bienes fideicomitidos.

En nuestro medio estos productos del fideicomiso estarían afectos, además, al impuesto de beneficios de capital que debería cubrir el fideicomisario, por su calidad de beneficiario.

Cabe señalar aquí que, si en virtud del fideicomiso los bienes se heredan, legan o donan al fideicomisario, estas operaciones quedan obligadas a pagar los impuestos respectivos.

Habiendo presentado anteriormente las características de la operación de fideicomiso en sí, trataremos de revisar a continuación los requisitos, derechos y obligaciones de cada uno de sus sujetos.

El fideicomitente

Toda persona que tenga capacidad civil para la libre disposición de sus bienes, puede ser fideicomitente, puesto que esa facultad le da derecho de transmitir sus bienes a un fiduciario para la realización de sus propósitos. De lo anterior 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. quede así asentado que 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.

Los derechos, facultades y obligaciones del fideicomitente, deben constar claramente consignados en el título que contenga la constitución del fideicomiso. Así, el fideicomitente puede reservarse el derecho a pedir cuentas y a exigir responsabilidades al fiduciario, así como a supervisar la administración y ejecución del fideicomiso.

Se reconoce al fideicomitente el derecho de pedir la remoción del fiduciario, si éste al requerírsele 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 negligencia grave.

Siendo un típico acto de voluntad la constitución del fideicomiso entre vivos, el fideicomitente está en libertad de designar uno o varios fideicomisarios así como también uno 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.

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 (Ej. la restitución de los bienes fideicomitados).

Como obligación del fideicomitente está la de reembolsar los gastos incurridos y cubrir los honorarios al fiduciario en la administración del fideicomiso. No obstante esta obligación se elimina si en el documento del fideicomiso quedó establecida la forma de cubrir esas erogaciones (con cargo a los beneficios o al patrimonio del fideicomiso).

El fideicomitente está obligado a responder del saneamiento para el caso de evicción de los bienes fideicomitados. Salvo los casos prescritos por la ley, el fideicomitente no puede revocar el fideicomiso.

Para terminar el examen de este elemento del fideicomiso, indicaremos que en un fideicomiso, puede haber uno o varios fideicomitentes. Ocurrirá lo segundo cuando la propiedad de los bienes fideicomitados corresponda a varias personas, es decir que sean bienes en copropiedad.

El fiduciario

El elemento ejecutor de un fideicomiso es denominado fiduciario. Dadas las obligaciones y derechos que mediante el fideicomiso puede contraer o adquirir el fiduciario, existe en nuestra época la tendencia a reconocer la calidad de tal, exclusivamente a instituciones bancarias legalmente establecidas, no obstante se admite que pueden ejercer esa función todas las personas naturales o jurídicas.

Como indicamos en el capítulo anterior el fiduciario adquiere la propiedad de los bienes fideicomitados, pero bajo limitación tanto del fin como del plazo necesario para cumplir dicho fin: expusimos además, que el fiduciario es el dueño jurídico de los bienes pero no el propietario económico, es decir, que puede ejercer el dominio pero solamente en provecho ajeno, o sea en favor del fideicomisario.

Para ejercer las funciones de fiduciario se requiere tener capacidad legal para adquirir y poseer en propiedad bienes de la clase y calidad sobre los cuales se pueda legalmente constituir fideicomiso. Además debe el fiduciario tener competencia

suficiente para manejar el patrimonio de acuerdo a lo establecido en el contrato respectivo o según las instrucciones de los beneficiarios.

En un fideicomiso pueden existir varios fiduciarios, si así lo dispone el fideicomitente; pero se requiere que todo el que ejerza de fiduciario tenga su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal que haya de supervisar la administración del fideicomiso. La legislación mexicana prohíbe a las agencias o sucursales de bancos extranjeros, que actúen como fiduciarios.

Partiendo del principio de que toda persona natural o jurídica no se halla bajo ninguna obligación legal ni moral de aceptar todos los negocios que se le ofrezcan, se reconoce a los bancos el derecho de aceptar o declinar el cargo de fiduciario.

Al aceptar el cargo de fiduciario, éste deberá, bajo su responsabilidad, registrar su derecho en los registros que establece la ley; no obstante lo anterior, algunas legislaciones sobre fideicomiso dejan esta obligación al Notario que autoriza el fideicomiso, encargando al fiduciario la vigilancia de que tal requisito sea satisfecho.

Todas las facultades y derechos que se otorguen y obligaciones que se impongan al fiduciario deben hacerse constar en el título del fideicomiso, y sólo con esa base podrá ejecutarlo el **fiduciario**. Es causa para remover al fiduciario el incumplimiento de las instrucciones del fideicomitente, expresadas en el título del fideicomiso.

El fiduciario debe conocer exactamente las disposiciones del fideicomiso y adoptar todas las medidas razonables para asegurar y mantener el control de los bienes fideicomitidos.

Aun cuando las obligaciones del fiduciario se determinan en el título constitutivo del fideicomiso, estimamos conveniente citar a algunas de las más importantes; así tenemos la obligación de mantener separados de los propios, los bienes recibidos en fideicomiso, no pudiendo usarlos para fines personales, si estos son ajenos al fin del fideicomiso; ni para beneficio propio. Se tiene asimismo como obligación del fiduciario la de hacer productivo los bienes fideicomitidos.

Se reconoce además, que el fiduciario debe poner cuidado y pericia razonable en las operaciones de fideicomiso que maneje; pero esto lo estimamos más teórico que práctico si nos preguntamos: ¿hasta dónde puede llegar lo razonable? Habría bancos con personal que por su preparación técnica y su experiencia, manejen en mejor forma que otro, una operación en fideicomiso que le confíen; es decir, que obtengan resultados mejores a los de otra institución. Además no se puede juzgar la pericia sólo por el hecho de obtener mayores beneficios, dado que el rendimiento en materia de inversiones, va en relación inversa a la seguridad.

La falta de cuidado o pericia es una de las razones que puede alegar tanto el fideicomitente como el fideicomisario, para remover al fiduciario; por eso, esta función merece especial observación, para evitar maniobras que únicamente perjudiquen al fiduciario, y aún al mismo fideicomisario. Se tiene como norma que, aun cuando otro fiduciario en otro fideicomiso, esté obteniendo mayores beneficios para el fideicomisario, si el actual fiduciario de este fideicomiso está alcanzando o llenando los fines del mismo se debe de estimar que está actuando bien, y de consiguiente no se le puede tachar de descuidado o de falta de pericia en sus funciones.

En el aspecto de responsabilidad, ésta se podrá deducir al fiduciario siempre que la destrucción o pérdida de los bienes fideicomitidos ocurra o se deba a descuido, negligencia o malicia de su parte.

El fiduciario está obligado a impedir el robo de los bienes fideicomitidos y, de ser posible, debe asegurarlos; en todo caso, el gasto de este seguro se cubrirá con fondos o productos del fideicomiso.

Si sobre los bienes fideicomitidos existiera gravamen o hipoteca, el fiduciario debe mantener el cumplimiento o pago que ellos imponen, en el entendido que todo pago se hará con recursos del fideicomiso.

Obligación del fiduciario es también pagar puntualmente los impuestos que graviten sobre los bienes fideicomitidos.

Los requisitos de lealtad hacia sus fideicomisarios e imparcialidad para el trato de sus operaciones, se estiman esenciales en el fiduciario.

El fiduciario debe recibir por inventario los bienes fideicomitidos y además llevar registros claros y exactos que muestren lo recibido, erogado, las pérdidas sufridas o las ganancias obtenidas, de cada fideicomiso; asimismo, informará al fideicomisario de las operaciones relacionadas con el fideicomiso correspondiente. Al requerirlo el fideicomisario o el fideicomitente, está obligado a proporcionarles informes completos y exactos del fideicomiso respectivo.

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

Las facultades y derechos que se confieran al fiduciario, para que pueda realizar sus funciones, y que se harán constar en el título del fideicomiso, merecen también un breve comentario, por lo que nos referimos a ellos a continuación.

Las facultades y derechos que se confieren al fiduciario, pueden consistir para actos de dominio o de simple administración. Si los actos inherentes al dominio debe de ejercerlos el fiduciario para cumplir con el fin del fideicomiso o por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad para el beneficiario, debidamente justificada, no es necesario que esta facultad le sea conferida expresamente en el documento constitutivo del fideicomiso. Dentro de las facultades de dominio, tenemos la de enajenar, permutar y donar, así como las de obtener crédito y gravar los bienes fideicomitidos.

En funciones 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 en consideración su obligación de hacer productivos los bienes.

Si dentro de los bienes recibidos en fideicomiso, hay acciones de capital con derecho a voto en las empresas a que correspondan, puede facultarse al fiduciario a ejercer ese derecho de voto. Asimismo si los bienes fideicomitidos consisten

en títulos, valores efectos o documentos que devenguen interés, debe facultarse al fiduciario a realizar el cobro de dichos intereses en su época de vencimiento.

Además, dentro de las facultades para actos de simple administración, pueden concederse al fiduciario las de disponer reparaciones y mejoras; para ello se tiene presente su obligación de velar por el buen estado y conservación de los bienes recibidos en fideicomiso.

Como consecuencia de las facultades anteriores, el fiduciario debe ser autorizado a cubrir todos los gastos que considere necesarios o adecuados para llevar a cabo las finalidades del fideicomiso.

Por otra parte, el fiduciario debe recibir por sus servicios la retribución correspondiente, toda vez que nadie querrá desempeñar el cargo de fiduciario si tal cargo no lleva consigo la debida compensación de sus servicios, remuneración que, además, está amparada en nuestra Carta Magna como garantía constitucional.

Con el propósito de mantener la confianza indispensable en esta clase de operaciones, los fiduciarios tienen el derecho a pedir que sus cuentas sean examinadas por autoridad competente para los efectos, en su caso, de la aprobación y finiquitos correspondientes.

El fideicomisario

Como indicamos al iniciar este capítulo, la persona que percibe directa y exclusivamente los beneficios del fideicomiso se le denomina **fideicomisario** o **beneficiario**.

Para poder disfrutar legalmente de la calidad de fideicomisario, es indispensable tener la capacidad civil para recibir el provecho que el fideicomiso implica. En tal forma que si se creara un fideicomiso para favorecer a una persona sea natural o jurídica, pero incapaz de percibir dichos beneficios, el acto se reputaría nulo.

No está demás advertir que será nulo el fideicomiso en favor del fiduciario; eso sí, puede instituirse en favor del propio fideicomitente.

No se piense que el fideicomisario sólo debe recibir beneficios en el fideicomiso, toda vez que sobre él pueden recaer algunas obligaciones, tales como las de reconocer o pagar los gastos y honorarios al fiduciario, subsidiariamente al fideicomitente.

El hecho de ser fideicomisario, le concede a este mismo, aparte de los derechos establecidos a su favor en el título del fideicomiso, los 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 sean lesivos, de mala fe o en exceso de las facultades otorgadas.

El fideicomisario goza de la facultad de rechazar o aceptar los beneficios y ventajas del fideicomiso; si renuncia a su derecho cuando ya existe el acto, tal renuncia puede extinguir el fideicomiso, siempre que con ello no contravenga sus cláusulas o el fin que éste persigue.

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.

Extinción del fideicomiso

Hemos examinado las formas legales de la constitución de un fideicomiso; así como también algunas de las características más sobresalientes de sus elementos, por lo que consideramos oportuno presentar aquí, algunas de las causales que extinguen este acto jurídico.

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

Ahora bien, en el caso que se trate de fines correspondientes a operaciones ya sean permanentes o periódicas, y si en el título constitutivo del fideicomiso no se determinó su plazo, las legislaciones sobre esta materia concuerdan en fijar un plazo máximo de existencia para este acto jurídico, y, en ambos casos, al expirar el término legal queda terminado el fideicomiso.

Ya vimos que si el fideicomitente se reserva el derecho a revocar el acto, puede así resolverlo, y en esta forma dar término al fideicomiso. También, puede mediar acuerdo entre fideicomisario y fideicomitente para extinguir un fideicomiso, pero para ello debe contarse con el consentimiento del fiduciario. Ese consentimiento podría negarlo el fiduciario, si al extinguirse el fideicomiso quedaren sin garantía los derechos de terceras personas, salvo que los obligados garanticen en otra forma el cumplimiento de tales obligaciones.

El fideicomisario puede renunciar el fideicomiso, y con ello extinguirlo, siempre que el fin que persiga el fideicomiso y las cláusulas de los documentos constitutivos no se contravengan. Por otra parte la muerte del fideicomisario extinguirá al fideicomiso si no hay sucesores o sustitutos.

Existen circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que pueden extinguir un fideicomiso; así tenemos que si el fiduciario se encuentra con que es imposible realizar el fin y de consiguiente el fideicomisario no podrá recibir los beneficios, el contrato no tiene razón de ser.

El objeto materia del fideicomiso está constituido por el bien entregado al fiduciario, de ahí que si este bien se destruyera totalmente quedaría el contrato sin objeto, lo que da término al fideicomiso ya que no puede existir por faltarle uno de sus elementos básicos.

Si la destrucción del bien fideicomitado es parcial y la parte de bienes que queda hace física y legalmente posible la subsistencia del fideicomiso, entonces no se extinguirá el acto, siempre que la parte subsistente sea suficiente para la realización del fin perseguido.

Si cesa el derecho del fideicomitente sobre los bienes fideicomitidos, también da lugar a que se extinga el fideicomiso.

Indicamos que un fideicomiso puede llevarse a efecto sin existir el fideicomitente, siendo esencial la existencia separada del fiduciario y del fideicomisario; ahora bien, si la calidad de fiduciario y fideicomisario se llegaran a confundir en una misma persona, esta circunstancia terminará al momento con el fideicomiso.

Finalmente, la falta de fiduciario después de haber aceptado el encargo y si no se le designó sustituto, así como la muerte del fideicomisario si sus derechos no pueden transmitirse a sus herederos, serán causales para la extinción del fideicomiso.

Dentro de los efectos que produce la extinción de un fideicomiso, estimamos conveniente hacer resaltar el de la reversión que debe hacerse de los bienes fideicomitidos y que puede ser por parte del fiduciario al fideicomitente o a sus herederos o bien al fideicomisario si ello se estipuló en el fideicomiso. Conviene entender que aquellos bienes que se hubieren enajenado conforme el encargo, estarán excluidos de esa obligación. Además deberá procederse a cancelar la inscripción, causada en el Registro, si ésta se hizo al constituir el fideicomiso.

CAPITULO V

APLICACIONES DEL FIDEICOMISO

Examinaremos a continuación las operaciones que se pueden realizar mediante el fideicomiso en Guatemala. Antes veamos las más sobresalientes utilizations del fideicomiso en México y EE. UU. así como la aplicación que en nuestro medio se ha efectuado y que se incluye dentro de la denominación genérica de servicio bancario.

Como dejamos expuesto, mediante el fideicomiso el fideicomitente entrega bienes al fiduciario para que disponga de ellos a efecto de cumplir un fin lícito determinado, debiendo entregar los beneficios al fideicomisario. Visto de esa manera el fideicomiso puede utilizarse para gran variedad de operaciones, siempre que correspondan a fines lícitos; estando limitado su uso, en países que lo han legislado, únicamente en los extremos siguientes: a) fideicomisos secretos, b) fideicomisos sucesivos o perpetuos ¹¹ y c) fideicomisos con duración mayor de 30 años, cuando el fideicomisario no sea de orden público o institución de beneficencia, salvo que se constituya para el mantenimiento de establecimientos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

El motivo que impulsa a todo fideicomitente para la constitución de un fideicomiso, radica en la imposibilidad de realizar por sí mismo el fin que persigue. Tal 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.

¹¹ Sustitución fideicomisaria Cap. II.

Clasificación del fideicomiso

La práctica del fideicomiso ha originado la clasificación siguiente: a) fideicomiso de inversión, b) fideicomiso de administración, c) fideicomiso de garantía y d) fideicomiso de financiamiento. Estas diferentes clases de fideicomiso pueden exponerse en la siguiente forma:

a) **Fideicomiso de inversión.** En esta clase de fideicomiso, se agrupan aquellas operaciones mediante las cuales el fideicomitente entrega al fiduciario determinada cantidad de efectivo o valores para que los maneje o invierta, ya sea en la adquisición de nuevos valores o en la concesión de préstamos.

Es decir, que mediante el fideicomiso de inversión, el fiduciario se encarga 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.

Para estas operaciones el fideicomitente puede:

- I indicar concretamente las inversiones que debe realizar el fiduciario.
- II manifestar el tipo de inversión que puede efectuar el fiduciario, dejándole la facultad de escoger dentro del lineamiento marcado; y
- III sujetar la decisión del fiduciario a la aprobación del fideicomisario, del fideicomitente o de un representante de éstos.

En todo caso, las inversiones que se le encomienden las efectuará el fiduciario de acuerdo con las instrucciones recibidas del fideicomitente.

Al seleccionar las inversiones, el fiduciario debe aplicar un criterio juicioso, evitando la adquisición de valores con fines especulativos.

b) **Fideicomiso de administración.** Cuando el fideicomitente transfiere bienes inmuebles al fiduciario para que éste se encargue de su manejo y control, estamos frente a un fideicomiso de administración.

En estos fideicomisos generalmente se autoriza al fiduciario para celebrar contratos de arrendamiento, cobro de rentas, venta de bienes, pago de impuestos; al tratarse de bienes rústicos se faculta al fiduciario a su explotación en beneficio del fideicomisario.

Las condiciones de este fideicomiso, así como las facultades y deberes de los sujetos del contrato se consignanán en el título constitutivo del fideicomiso.

c) **Fideicomiso de garantía.** Existen transacciones en las cuales el fideicomiso se utiliza como medio de garantía, así tenemos que dos personas desean efectuar una operación por medio de la cual una venderá a la otra determinados bienes, pero debido a detalles que no pueden resolver de inmediato, el negocio queda en suspenso por un tiempo más o menos breve. Con el fin de que los participantes en tal operación garanticen el cumplimiento de sus respectivas obligaciones recurren al fideicomiso, traspasando al fiduciario los bienes en cuestión y así estos bienes sirvan de garantía en el cumplimiento de la operación, facultándose al fiduciario para hacer entrega de los dichos bienes al fideicomisario, que en este caso sería la otra persona de la operación de compra-venta, si el fideicomitente no cumpliera con lo pactado. El fideicomiso constituido para ese fin, es lo que se conoce como fideicomiso de garantía.

d) **Fideicomiso de financiamiento.** Si una empresa llegara a verse urgida de recursos en el desarrollo de sus operaciones, puede recurrir al mercado de capitales, mediante la emisión de obligaciones, utilizando el fideicomiso.

Así tenemos que, cuando esta empresa como fideicomitente entrega una emisión de obligaciones al fiduciario con el objeto

de que éste se encargue de su colocación en el mercado, estamos frente a un fideicomiso de financiamiento.

En realidad no es fácil limitar dentro de una clasificación específica, la cantidad de operaciones que pueden realizarse mediante el fideicomiso. En las líneas anteriores tratamos de presentar los rasgos característicos de cada grupo de operaciones, pero puede suceder sin embargo, que una operación de fideicomiso no se coloque dentro de un grupo exclusivamente, pudiendo abarcar operaciones de inversión y administración o de garantía, inversión y administración, simultáneamente.

Consideramos de interés incluir en esta parte un comentario de las experiencias de Guatemala en operaciones en las cuales se puede suponer un régimen de fideicomiso y que bajo el nombre de servicios bancarios se encuentran funcionando.

El Congreso de la República, mediante decreto No. 215 "Ley orgánica del Banco de Guatemala", y en el capítulo VI que se refiere a las relaciones de la Banca central con el Estado, ordena que el Banco como agente del mismo, forme un "Fondo de regulación de valores" mediante un aporte inicial efectivo, en incrementos posteriores provenientes de las utilidades netas del Banco, fondos ociosos de superávits o saldos no utilizados del tesoro nacional, con otros aportes del Estado y con las ganancias resultantes de las operaciones del mismo "fondo".

El fin asignado a dicho fondo es el de 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. Su administración e inversión es ejercida por la Comisión de valores, que está integrada por el presidente y el gerente del Banco y los ministros de Hacienda y de Economía.

En nuestro criterio, el Fondo de regulación de valores, constituye un fideicomiso en donde el Gobierno de la República es el fideicomitente, la Comisión de valores es el fiduciario y los inversionistas en valores públicos los fideicomisarios.

En cuanto a calificarlo específicamente como fideicomiso de garantía, de administración o de inversión, opinamos que tiene operaciones características de las tres clases: primero, representa una garantía para los inversionistas en valores públicos; segundo, sus existencias se pueden invertir de acuerdo con las facultades otorgadas a la "Comisión de valores", y tercero, a dicha "Comisión" se le encarga también la administración del referido fondo de regulación de valores.

Operaciones de fideicomiso de financiamiento y de administración se han encargado al Banco de Guatemala, en emisiones de valores públicos; así vemos que en el decreto del Congreso No. 1390, por el que se autorizó al Gobierno para emitir bonos por Q40.0 millones, el artículo 7o., dice:

"El Banco de Guatemala ejercerá las funciones de agente financiero de la emisión que se autoriza por este decreto. En tal carácter se encargará de la colocación de los bonos en el interior del país o en el extranjero y atenderá al servicio de la deuda, devengando por sus gestiones el 1/5 del 1% de comisión anual, calculada sobre el monto de los valores en circulación a cada último día del mes. La comisión se cargará al fondo de amortización respectivo".

Los artículos 11 y 21 del acuerdo gubernativo de 3 de diciembre de 1960, que reglamenta la emisión de bonos antes citada por Q40.0 millones, establecen:

Artículo 11. El Banco de Guatemala desempeñará las tareas de agente financiero de la deuda, de conformidad con lo dispuesto en el presente reglamento, con tal propósito integrará el fondo de amortización respectivo, con los recursos establecidos en el artículo anterior. En su calidad de agente financiero, el Banco de Guatemala llevará el control de los pagos que efectúe por concepto de amortizaciones de principal, intereses, comisiones de servicio y otros gastos e informará al Ministerio de

Hacienda y Crédito Público en la oportunidad que juzgue conveniente o a requerimiento de dicho Ministerio, acerca de la manera cómo se han desempeñado las funciones de agente financiero, en relación al servicio de la deuda. Por sus servicios de agente financiero el Banco de Guatemala devengará la comisión de $\frac{1}{5}$ del 1% anual calculado sobre el monto de los valores en circulación a cada último día del mes, la cual se cargará mensualmente al fondo de amortización respectivo sin necesidad de trámite o requisito alguno.

Artículo 21. Para lo dispuesto en el artículo 11 del presente reglamento, el Banco de Guatemala y el Ministerio de Hacienda celebrarán el contrato de fideicomiso respectivo.

Como vemos se encarga al Banco central funciones de agente financiero las cuales, agrega, serán motivo de contrato de fideicomiso. Es decir que la falta de una legislación sobre fideicomiso, se suple mediante asignación, derechos y obligaciones consignados en los contratos de servicios bancarios autorizados por la ley.

Finalmente, podemos señalar el servicio que el Banco de Guatemala proporciona a las compañías de seguros, en relación a la custodia de los valores que integran las inversiones de parte de las reservas técnicas o matemáticas de dichas compañías.

El decreto No. 854, "Ley de inversiones de reservas técnicas o matemáticas de las compañías de seguros", reformado por el decreto No. 935, ambos del Congreso de la República, establece que, como mínimo, un 40% del total de dichas reservas debe estar invertido en bonos o títulos emitidos por el Estado, bancos nacionales del Estado, municipalidades o entidades autónomas o semi-autónomas del Estado. De acuerdo con esa ley, la Superintendencia de bancos ordenó que la referida inversión en valores, se mantenga como depósito en custodia en el Banco de Guatemala.

El Banco de Guatemala tomando en consideración los propósitos de la inversión de las reservas técnicas o matemáticas

de las compañías de seguros, ha convenido prestar el servicio de custodia de dichos valores.

Ahora bien, de acuerdo con los términos en que se ha contratado el servicio de custodia, en nuestra opinión contiene también el servicio de fideicomiso. Así tenemos que las compañías de seguros autorizan al Banco para lo siguiente: a) Cobrar el valor de los bonos amortizados y de los cupones de intereses vencidos; y b) Invertir el producto de lo percibido por los motivos anteriores, siguiendo instrucciones de las mismas compañías en cuanto a clase de valores. Para ello es necesario mencionar que los valores que integran la inversión de tales compañías son al portador y, de consiguiente, el simple traslado de posesión transmite su propiedad. No obstante reconocemos que, como dejamos apuntado, son operaciones en las que puede suponerse un régimen de fideicomiso, pero que actualmente se ejecutan bajo el nombre de servicio bancario.

Como vemos la operación anterior, además de la típica de custodia, contiene implícito un fideicomiso de administración.

Son de nuestro conocimiento además, dos proyectos de operaciones de fideicomiso que se presentaron a bancos del Estado, para que estos bancos sirvieran de fiduciarios recibiendo recursos del exterior con el objeto de financiar a dos empresas industriales. Dichos proyectos aún no han sido una realidad. En esos casos se trataba de fideicomisos de financiamiento y en nuestra opinión, y de llevarse a la práctica, reportarán grandes beneficios a la economía nacional.

Lo indicado nos lleva a considerar algunas de las ventajas más importantes que implica la operación del fideicomiso:

- 1º Se logra una mejor selección de inversiones, toda vez que el fiduciario trabaja con patrimonio de diferentes fideicomitentes, que le obligan a tener personal especializado para estas labores.
- 2º El fideicomitente traslada la labor administrativa de su patrimonio al fiduciario. El costo de este servicio

generalmente resulta inferior al gasto que el fideicomitente tendría que cubrir al administrar directamente su patrimonio.

- 3^o Elimina los compromisos originados por nexos personales y aun familiares, que a veces resultan entre acreedores y deudores.
- 4^o El prestigio de una persona (natural o jurídica) puede ser valioso auxiliar para inducir a inversionistas a participar en proyectos en los que dicha persona intervenga como fiduciario.

Resulta difícil exponer en toda su extensión las ventajas de la operación de fideicomiso, ya que estas dependen en gran parte de la clase del negocio que se maneje a través del mismo. Para demostrarlo, es suficiente indicar que en México el volumen de operaciones fiduciarias dentro de un lapso de 16 años (1939 a 1954) ascendió de \$25.9 millones¹² en 1939 a \$844.8 millones en 1954, dentro de esta última cifra el total de fideicomisos ascendía a \$492.6 millones.¹³

12 Pesos mexicanos.

13 Rodolfo Batiza. Obra citada.

CAPTULO VI

BASES PARA NORMAR EL FIDEICOMISO EN GUATEMALA

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 beneficio social reconocidas por el Estado”.

Por otra parte, el decreto del Congreso No. 315 “Ley de Bancos”, previene en el artículo 78 lo siguiente:

“Operación de Confianza: 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 reglamentaciones 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. Aun cuando las leyes bancarias no presentan específicamente el fideicomiso como operación bancaria, estimamos que tal como se la define, encaja dentro de las operaciones de confianza autorizadas a los bancos conforme el inciso c) del artículo 78 del decreto 315.

Las razones más importantes que estimamos se tuvieron en mente al confiar a una institución bancaria la administración del fideicomiso, son las siguientes:

- a) Permanencia: El término de la vida de las personas naturales no puede predeterminarse y de consiguiente un fiduciario individual, con su fallecimiento dejaría inconcluso el fideicomiso que se le confiara. La institución bancaria, como persona jurídica no estaría dentro de este límite.
- b) Experiencia: El fiduciario individual, en la mayoría de los casos, no ha tenido oportunidad de actuar como tal. La institución bancaria, por la naturaleza de sus funciones conoce las operaciones de confianza similares y además está en capacidad de contar dentro de su personal con expertos en operaciones fiduciarias.

- c) Economía: El costo de administración de un fideicomiso será inferior si este es manejado por una institución bancaria y no una persona natural.

Las disposiciones citadas son las únicas que contienen referencia al fideicomiso en nuestro sistema legal y, por lo indicado en el artículo 78 del decreto 315, se ve que las actuaciones de los bancos en operaciones de confianza se interpretan como mandatos y en tal caso sujetos a las regulaciones contenidas en el Código civil para dicha operación.

No obstante lo anterior, consideramos que la operación de fideicomiso debe normarse como tal y que en principio, la Junta monetaria podría reglamentar su aplicación dentro del sistema bancario de nuestro país.

En las normas que se dicten para regular las operaciones de fideicomiso en nuestro medio, deberán inicialmente calificarse los bienes que se permitirá afectar como objeto de fideicomiso; así como también delimitar, dentro de los fines lícitos, aquellos que podrán cumplirse mediante el fideicomiso.

El objeto y el fin del fideicomiso deberán encajar, en nuestra opinión, dentro de las operaciones compatibles con el negocio bancario, de acuerdo con lo indicado en el inciso c) del artículo 78 del decreto 315 "Ley de Bancos".

Uno de los aspectos importantes que debe tomarse en cuenta al formular la reglamentación inicial del fideicomiso, consiste en determinar a quien de los sujetos del fideicomiso se considerará como patrono para los efectos de las leyes laborales. Nuestra opinión sobre este particular se inclina porque se confiera calidad de patrono al fiduciario ya que de acuerdo con la definición del fideicomiso, éste recibe la propiedad jurídica de los bienes fideicomitados.

Ahora bien, esa calificación de patrono debe ir acompañada de autorización para cubrir, con productos del fideicomiso o con los bienes afectados al mismo, aquellas obligaciones laborales que en calidad de patrono, corresponden al fiduciario.

El reglamento para operaciones de fideicomiso que emitiera la Junta monetaria, serviría como norma inicial, en tanto se adquiere la experiencia necesaria, propia de nuestro medio, para formular las disposiciones legales sobre fideicomiso, convenientes a incorporar a nuestra legislación civil.

Con relación a las calidades de los sujetos que intervienen en el fideicomiso, sus derechos y sus obligaciones, pueden servir de base para las disposiciones que normen el fideicomiso en nuestro medio, los comentarios incluidos en el capítulo IV de este trabajo.

Acerca del problema legal de propiedad que surge en el fideicomiso, estimamos que la reglamentación de fideicomiso de bienes muebles no presenta gran discusión, ya que se puede transmitir su propiedad mediante la simple transferencia de la posesión del bien. No ocurre lo mismo para bienes inmuebles, para cuyas operaciones será necesario introducir cambios a nuestra legislación civil, a fin de que se permita anotar en los registros de la propiedad raíz, un fideicomiso que modifique el derecho de propiedad.

Ahora bien, para que al emitir las normas legales del fideicomiso, resulten acordes con nuestro sistema bancario, será indispensable dictar a la vez, las disposiciones legales para organizar el mercado de valores.

Lo anterior se observa como necesidad debido a que nuestra legislación (Códigos de comercio y civil) únicamente tratan como títulos de crédito: Letras de cambio, libranzas y pagarés, cartas, órdenes de crédito, acciones de sociedad y las cédulas hipotecarias, y la legislación de bancos solamente los bonos bancarios.

Hasta la fecha las emisiones de valores públicos se han realizado mediante disposiciones legales exclusivas para cada una, dictadas por el Congreso de la República cuando se trata de valores del tesoro, o por acuerdos gubernativos si son valores municipales, o bien por autorización de la Junta monetaria para el caso de valores bancarios. Para todas esas emisiones de valores y por tratarse de contratación de deuda interna, se

requiere el dictamen previo y favorable de la Junta monetaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del decreto 215 "Ley orgánica del Banco de Guatemala", que dice:

"**Artículo 123.** Siempre que el Gobierno de la República tenga el propósito de realizar operaciones crediticias en el extranjero, el Ministerio de Hacienda requerirá el dictamen de la Junta monetaria previo a la realización de la operación respectiva. Igual dictamen deberán solicitar también las instituciones oficiales para operaciones de crédito en el exterior.

"El dictamen de la Junta se fundará en las disponibilidades y obligaciones del país en oro y divisas, y en la incidencia de la operación contemplada, sobre la balanza de pagos y sobre el volumen del medio circulante.

"Cuando el Gobierno de la República o las instituciones oficiales traten de contratar empréstitos en el interior del país, también deberán requerir dictamen previo de la Junta monetaria, quien lo emitirá con el objeto de dar a conocer su opinión sobre la conveniencia del proyecto, y de coordinar su política monetaria y crediticia con la política financiera y fiscal".

Para emisión de valores municipales, se requiere, además, opinión favorable del Instituto de Fomento Municipal, según lo dispuesto en los artículos 104 y 105 del decreto legislativo No. 1183 "Código municipal" que previene:

"**Artículo 104.** La contratación de empréstitos requiere la autorización del Ejecutivo, previos dictámenes favorables de la Junta monetaria y del Instituto de Fomento Municipal, acerca de la conveniencia de la operación proyectada, y de que la Municipalidad respectiva está en capacidad de pagar la deuda dentro del plazo contemplado. El dictamen del Instituto versará además sobre la importancia de la obra o servicio público municipal que se trate de financiar".

"**Artículo 105.** En todo caso, la contratación de préstamos y de empréstitos requiere:

- a) que su producto se destine exclusivamente a la realización, ampliación o mejoramiento de obras o servicios públicos municipales; y
- b) que la operación sea acordada con el voto favorable de las dos terceras partes, por lo menos, de los componentes de la Corporación respectiva. En los empréstitos debe actuar como agente financiero el Instituto de Fomento Municipal, a fin de asegurar el debido y puntual servicio de la deuda”.

Lo anterior constituye en la actualidad, el régimen legal para emitir valores, de ahí que se haga indispensable contar a la mayor brevedad, con las disposiciones legales que aseguren la protección necesaria a los inversionistas y aumenten la confianza indispensable para el desarrollo de un mercado de valores.

Nos referimos a ese aspecto legal, por ser una de las operaciones de fideicomiso que podría iniciar el sistema bancario, la programación de emisiones de valores para aquellas empresas industriales cuyo desarrollo esté urgido de capital. Con el propósito de que estas emisiones de valores sean acogidas en el mercado con la confianza indispensable para su negociación, es necesario que se pueda afirmar que han sido efectuadas sobre bases legales, suponiendo que dentro de las normas jurídicas correspondientes se reglamentará el aspecto técnico que deba cubrirse previo a cada emisión de títulos de crédito.

En esta forma se evitará el surgimiento de empresas “fantasmas” que lanzan a la venta acciones o bonos para un determinado proyecto y al final los inversionistas no tienen ni noticias de si el proyecto se inició, y de consiguiente éstos se quedan con la idea de haber sido engañados y dispuestos a no correr otro riesgo de esta clase.

Cabe aquí señalar que bajo la denominación de “Bonos” se han emitido últimamente una serie de papeles que no corresponden a títulos de crédito; así tenemos que para tener dere-

cho a matrícula en determinados centros privados de estudio, requieren la aportación de determinada suma a cambio de lo que ellos denominan "bono". El dinero así proporcionado a estas empresas privadas no devenga ningún interés y se devuelve al interesado al retirarse el alumno definitivamente de dicho centro de estudios. El nombre apropiado para este propósito, podría ser "Depósito en garantía" ya que suponemos se exige para evitar incumplimiento de pagos por derecho de estudio.

Todo lo expuesto nos lleva a confirmar la necesidad urgente que existe de revisar, actualizar y completar las disposiciones legales vigentes que se refieren a emisiones de valores, para lograr la confianza del inversionista y el consiguiente éxito en operaciones de fideicomiso de financiamiento e inversión.

CAPITULO VII

OPERACIONES Y REGISTROS CONTABLES DE
FIDEICOMISOS

Fideicomiso como medio para realizar
diversidad de negociaciones

El fideicomiso puede aplicarse para la realización de múltiples negociaciones; de ahí que proponer un sistema contable uniforme para tal efecto sería una pretensión absurda.

Tenemos que, mediante el fideicomiso se entregan al fiduciario bienes para que realice un fin lícito determinado; así se puede entregar efectivo para su inversión, un bien inmueble para su lotificación y venta; un bien inmueble rústico para su explotación; etc. Por ello, cada operación de fideicomiso debe el fiduciario manejarla por medio de una contabilidad separada y acorde con la actividad encomendada; en este capítulo, presentamos algunos rasgos característicos de la operación de fideicomiso y su relación con las cuentas del fiduciario.

Separación de cuentas

Según la ley de Reserva federal, en los Estados Unidos de Norte América, son obligaciones de los bancos fiduciarios:¹⁴

- 1° Separar el activo de los fideicomisos, de los demás activos del Banco.
- 2° Llevar libros y registros separados para cada fideicomiso.

14 Contabilidad Bancaria. Langston.

- 3º No se mezclarán con activo comercial los fondos en fideicomiso en espera de ser reinvertidos, a menos que se dé una garantía adecuada.
- 4º 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.

Las dos primeras obligaciones indicadas, constituyen uno de los principios fundamentales para la operación de fideicomiso, y que se refieren a la obligación del fiduciario de separar los bienes recibidos en fideicomiso, tanto de los propios del Banco, como también de los demás fideicomisos.

Lo indicado bajo numeral tres, se comentará al tratar las operaciones del fideicomiso de inversión.

Distinción de bienes: principal y sus productos

Como hiciéramos ver en otra parte de este trabajo, el fideicomiso puede originarse por acto entre vivos, o bien por acto de última voluntad por medio de testamento.

Al constituirse un fideicomiso mediante acto entre vivos, la distinción entre los bienes que forman el principal y los formados por los productos o beneficios derivados del fideicomiso, es labor sencilla, pues se atenderá a lo indicado en tal sentido en el título constitutivo del fideicomiso, y si el título no fuera lo suficientemente claro, se podrá recurrir a la manifestación aclaratoria del fideicomitente.

Anotamos lo anterior, dado que otro de los principios básicos para la operación de fideicomisos, es el que exige al fiduciario la inmediata y completa distinción entre los bienes que forman el principal y los que corresponden a sus respectivos productos a fin de que, de esta manera pueda el fiduciario, cumplir con un tercer elemento básico, que le obliga a separar las operaciones que afectan al principal de las que afectan los productos.



Es necesario tener presente que, mediante el fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado, en beneficio del fideicomisario; de tal manera que si no se hace la debida distinción, entre principal y productos, el fiduciario puede llegar a favorecer más a una de las partes en detrimento de la otra. Lo anterior puede verse más claramente si pensamos en una operación de fideicomiso en la que se establezcan dos fideicomisarios; uno para recibir las rentas durante un plazo determinado; y otro con derecho a recibir los bienes al finalizar el plazo anterior.

El problema de efectuar la separación de los bienes para constituir el principal y los productos, se presentaría para los fideicomisos constituidos mediante acto de última voluntad o testamento, pues a la época de ejecutarse el fideicomiso, no existirá su creador que interpretara su intención.

El fiduciario para esos casos, debe distinguir los bienes que integran el principal de los que el mismo haya producido, guiándose por las condiciones fijadas en el instrumento que crea el fideicomiso, o interpretando la intención del fideicomitente, cuando ésta pueda deducirse del contenido del documento. A falta de instrucciones expresas o implícitas en el título del fideicomiso, el fiduciario debe hacer esa distinción, de acuerdo a lo estatuido por las leyes, o en fin, requerirá la interpretación judicial.

Ahora preguntamos: ¿Cuáles podrían ser los bienes que presentarían dificultad para su clasificación como principal o como productos del fideicomiso?

Para responder en forma breve, indicaremos que existen productos que se generan por el transcurso del tiempo, percibiéndose, en algunos casos a fecha determinada, tal el caso de intereses, alquileres, dividendos, etc.. así tenemos que se reconoce como principal, la parte devengada hasta la fecha de constitución del fideicomiso, y como producto lo correspondiente al período posterior.

En el caso de dividendos o participaciones de una empresa con activos propensos al agotamiento, se consideran como parte



de los bienes que constituyen el principal del fideicomiso. (Explotación de minas, bosques, etc).

Merece indicarse además, que el descuento o prima para el caso de valores, se considera como un medio de ajustar el interés nominal del valor, al interés efectivo prevaleciente en el mercado; y la prima generalmente se va eliminando a medida que se recauden los intereses respectivos.

En cada fideicomiso el fiduciario debe llevar dos grupos de cuentas; uno para las que se refieran al principal del fideicomiso; y otro 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 afectan al principal, tenemos la venta de bienes, ya que lo percibido en esa transacción constituye el principal del fideicomiso; en consecuencia, la ganancia o pérdida en la venta, aumenta o disminuye el principal.

Asimismo los pasivos relacionados con el principal deben cancelarse con cargo a esos bienes.

Los productos que reporte el uso de los bienes del principal, tales como intereses, dividendos alquileres, etc., representan productos que corresponden al fideicomisario. Los gastos que se originen en la producción de esos ingresos, tales como intereses, impuestos, gastos judiciales, etc., representan cargos contra esos productos o ingresos. En todo caso lo que debe 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 respectivos productos.

De ello se desprende que el fiduciario debe analizar cada cobro o pago que efectúe, para determinar si debe considerarse como perteneciente al principal o a los productos.

Apertura de contabilidad y operaciones contables

El fiduciario llevará una contabilidad separada para cada fideicomiso y la apertura de la misma la hará cargando las cuentas de activo que correspondan a los bienes recibidos (Caja,

deudores, inmuebles, etcétera) y abonando a una cuenta que se denominaría "Principal del fideicomiso". En cuanto a los productos, éstos se cargarán a cuentas corrientes de productos, y se abonará una cuenta "Productos del fideicomiso".

Todas las operaciones deberán registrarse observando el principio de separación de principal y productos. Al final del ejercicio contable o del fideicomiso, las cuentas que representen cambios en el principal (ganancia o pérdida en la realización de bienes, gastos o productos imputables al principal, etc.) se cierran mediante el traslado de su saldo a la cuenta "Principal de fideicomiso".

Por su parte, las cuentas que indican cambios en los productos (productos o gastos imputables a productos y distribución de productos) se cierran utilizando la cuenta "Productos del fideicomiso". Las operaciones del fideicomiso deberán resumirse al final de cada ejercicio, preparando estados de cargos y abonos tanto al principal como a productos.

Como dejamos apuntado, el fiduciario debe operar una contabilidad separada de la propia, para cada fideicomiso; no obstante, existirán operaciones que sí aparecerán registradas en su propia contabilidad, como veremos seguidamente.

Examinaremos brevemente algunas operaciones de un fideicomiso de inversión.

El fiduciario recibe del fideicomitente determinada suma en efectivo para adquirir los valores que se haya convenido. La operación en la contabilidad del fiduciario sería:

Caja

Fondos en fideicomiso

Conviene indicar que en estos casos es inevitable una confusión temporal de los bienes en fideicomiso con los propios del fiduciario; pero aquí recordaremos lo que dijimos contiene la Ley de reserva federal: "No se mezclarán 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.

Lagston, en su "Contabilidad Bancaria", dice:

"Cuando los bienes recibidos por un Banco en relación con sus operaciones de fideicomiso consisten en dinero o partidas de efectivo, las leyes permiten al Banco, por lo general, mezclar esos bienes con su propio activo. Un Banco recibe un cheque de una sociedad para utilizarlo en el pago de dividendos a unos accionistas, o para pagar los cupones que vencen de una de sus emisiones y obligaciones, o para cancelar obligaciones que vencen o se reclamen; un Banco corta los cupones de las obligaciones que tiene en fideicomiso de un cliente; cobra rentas de una casa de departamentos que tiene en custodia por cuenta de un beneficiario con arreglo a un depósito personal todas esas operaciones hacen llegar dinero a poder del banco.

Estas partidas de efectivo se llevarían a los recursos del Banco. Se cobrarían juntamente con otras partidas semejantes y se contabilizarían en el lado del pasivo exponiéndolas como depósito especiales.

Esos depósitos son especiales en uno o dos sentidos. Son especiales porque si liquidara o quebrara el Banco constituirían una deuda con derechos preferentes, y pueden ser especiales en el sentido de que están garantizados".

Para nuestro medio podría darse, al depósito en fideicomiso, un tratamiento especial, exigiendo a los bancos fiduciarios, para dichos depósitos, un encaje superior a los existentes para los depósitos corrientes.

Continuando en lo relativo a las operaciones contables del fiduciario, tenemos que, al llegar el momento de la inversión de los fondos, se haría la siguiente operación en sus registros:

Fondos en fideicomiso

Caja

Esta operación se haría por el valor de la inversión, que incluiría el costo de los valores adquiridos más o menos, los gastos, comisiones, etc.

Además como los valores adquiridos lógicamente los conservará el fiduciario bajo su responsabilidad, deberá registrarlos, a un valor convenido, en cuentas de orden, por ejemplo así:

Valores recibidos en custodia de fideicomisos Cuentas de orden

Para la cuenta de "Valores recibidos en custodia" y para "Fondos en fideicomiso", se utilizará como subcuenta, el nombre que identifique a cada fideicomiso.

En cuanto a la contabilidad especial y separada de la del fiduciario, que deberá llevarse para fideicomisos de inversión, ésta se puede reducir a un Diario mayor analítico, con columnas de cargo y abono para inversiones y productos, divididas entre principal y productos, así:¹⁵

Fecha		Conceptos	PRINCIPAL						PRODUCTOS					
196...			Caja		Inversiones		Principial		Caja		Inversiones		Productos	
Mes	Día		D	H	D	H	D	H	D	H	D	H	D	H

¹⁵ Roy B. Kester.

Para los fideicomisos de inversión, los bancos fiduciarios generalmente cuentan con un comité de inversiones, integrado por funcionarios con experiencia en ese campo. Al manejar dichos fideicomisos, las tareas más importantes del fiduciario se reducen a invertir, cobrar valores amortizados y cobrar intereses vencidos.

El cobro de intereses vencidos y de valores amortizados, también motiva operaciones en la contabilidad del fiduciario, así:

Caja

Fondos en fideicomisos

Operación que se hará al percibir el efectivo de dichos cobros.

Cuentas de orden

Valores recibidos en custodia fideicomisos

Al cobrarse valores amortizados que reducen la inversión del fideicomiso.

Cuando el fiduciario se haya encargado de un fideicomiso de administración, la contabilidad del fideicomiso en sí, será de acuerdo con las características de los bienes entregados en administración: (Contabilidad agrícola si se trata de la administración de una finca, etc.)

Como indicamos, en este capítulo sólo veremos algunas operaciones que afectan la contabilidad del fiduciario; para el caso de un fideicomiso de administración, al recibir los bienes, deberá registrar su valor en cuentas de orden, así:

Bienes recibidos en fideicomiso

Cuentas de orden

Ahora bien, si dentro de los bienes recibidos existe efectivo para atender la administración correspondiente, la institución fiduciaria podrá colocar ese efectivo como un "Depósito a la vista", girable por el propio fiduciario.

En cuanto a fideicomisos de garantía, la operación en la contabilidad del fiduciario se reduce al simple registro en cuentas de orden del valor de los bienes recibidos. Para las cuentas de orden, tanto en fideicomisos de administración como de garantía, se utilizarán las subcuentas que indentifiquen a cada fideicomiso.

El fideicomiso de financiamiento, por su parte, también da lugar a operaciones en la contabilidad propia del fiduciario.

Al efectuar una emisión de valores una empresa generalmente lo hace auxiliándose de un fideicomiso y designando como fiduciario a una institución bancaria; en tal carácter se encomienda al Banco, entre otras funciones:

1. Constituir y registrar las hipotecas;
2. Encargarse del control de la emisión de los valores;
3. Refrendar los valores;
4. Canjear los valores provisionales por los valores definitivos;
5. Llevar registro de los valores, con los detalles necesarios (emitidos, amortizados, en circulación, por negociar; además por denominación, números, clases, tenedores, etcétera);
6. Canjear valores de diferentes denominaciones;
7. Vigilar la garantía colateral de los valores;
8. Manejar los fondos de amortización (recibir recursos, efectuar inversiones y pagos); y
9. Vigilar las redenciones y pago final de las emisiones de valores.

Inicialmente recibirá el fiduciario los valores pero, para proceder a su negociación, deberá firmarlos y formalizar los registros correspondientes. Al recibir dichas formas de valores, los registrará como "Documentos recibidos en custodia" dentro de las "Cuentas de orden".

Una vez firmados, registrados y listos para su negociación, operará el monto nominal de dichos valores, en la cuenta

“Valores recibidos en consignación por fideicomisos” del grupo de “Cuentas de orden”. Cada vez que se efectúe una venta de estos valores se harán las operaciones que reduzcan el saldo de valores recibidos en custodia y en consignación.

El producto de la venta de valores, si el fiduciario recibe efectivo, lo operará en su contabilidad, cargando la cuenta Caja y abonando una cuenta de obligaciones; la cuenta que se abone, depende de las instrucciones que al efecto se hayan consignado en el instrumento del fideicomiso, pues podría ser que se hubiera estipulado en él, que se abonara a una cuenta de depósito del fideicomitente o del fideicomisario, o que se entregará, en efectivo o cheque, a determinada fecha.

Por otro lado, al recibir el fiduciario recursos para el fondo de amortización, o producto de la inversión de estos recursos, operará así:

Caja

Fondos en fideicomiso

Si al fiduciario se le otorgaron facultades para invertir estos recursos, procederá a operar en la forma indicada para fideicomisos de inversión.

Cuando llegue la fecha de pago o redención de los valores y pago de intereses, el fiduciario hará las siguientes operaciones:

Fondos en fideicomiso

Caja

Valores amortizados - Fideicomisos

Cuentas de orden

Puede convenirse que el fiduciario destruya o devuelva al fideicomitente los valores pagados, al concluir el fideicomiso o a fechas determinadas; si esto ocurriera, el fiduciario únicamente

tendría que reducir de la cuenta "Valores amortizados - Fideicomisos", la parte correspondiente a los valores destruidos o devueltos.

En general, para toda clase de fideicomisos, el fiduciario puede registrar el valor de sus honorarios, o de gastos imputables al fideicomiso cubiertos por él, cargando una cuenta por cobrar con abono a "Productos por fideicomisos" o a la de gastos correspondiente; y al percibir el valor de dichos honorarios o gastos desaparecerá el saldo de esa cuenta por cobrar.

Registro de fideicomisos

El fiduciario deberá llevar para cada fideicomiso, registros que permitan identificar fácilmente sus características. Dentro de estos registros, se consideran como indispensables los siguientes:

1. Registro de bienes. Contendrá información sobre los bienes en fideicomiso, indicando: clase, valor, localización, vencimiento, pagos, impuestos, hipotecas, números de registro, seguros, etc. Incluirá además, información para el fiduciario en cuanto a cobros o pagos que deba efectuar y las fechas correspondientes.
2. Registro de fideicomiso. Servirá para anotar la historia de cada fideicomiso, indicación de quien es el fideicomitente y el fideicomisario, su forma de constitución, su plazo, obligaciones de cada parte; etc.
3. Registro de operaciones. Incluirá todas las transacciones de los fideicomisos; bienes recibidos, compras o ventas, entregas de bienes, desembolsos y productos o cobros.
4. Registro de productos y gastos. Indicará cuánto percibirá el fiduciario por honorarios en cada fideicomiso y las erogaciones que tal actividad le implica.

5. Registro de custodia de valores. Se anotará la clase, localización e identificación de los bienes recibidos en fideicomiso.

Fiscalización de fideicomisos

Cuando examinamos lo relativo a los derechos del fideicomitente y del fideicomisario, encontramos la acción que les compete para pedir o examinar las cuentas del fiduciario.

En nuestro medio, en vista de que la función de fiduciario sólo se puede ejercer por una institución bancaria, el fideicomitente y el fideicomisario tendrán la garantía de un control constante en las operaciones del fiduciario, dada la vigilancia que ejerce la Superintendencia de Bancos en dichas instituciones, de conformidad con las leyes bancarias. Además, tanto al fideicomitente como al fiduciario, les asiste el derecho de designar una persona idónea para realizar la fiscalización y revisión, de todo lo actuado por el fiduciario en el fideicomiso que se le haya confiado.

CONCLUSIONES

Nuestro principal interés ha sido exponer el origen histórico y económico del fideicomiso, su actual desarrollo así como su influencia y alcances en la economía nacional, las operaciones en las cuales se utiliza y los fundamentos legales que en nuestro medio pueden servir de base para normar su aplicación.

Reconocemos que la operación del fideicomiso contiene interesantes puntos de estudio, por lo que en esta tesis tratamos de enfocar aquellos aspectos que consideramos indispensables para iniciar su estudio y pronta aplicación en Guatemala. Todo lo anterior nos lleva a formular las siguientes conclusiones:

I

La institución jurídica del fideicomiso moderno, cuyo fin obligadamente debe ser lícito, si bien se deriva del fideicomiso romano, no guarda con éste ninguna relación, siendo más bien, una adaptación del trust inglés.

En el fideicomisariato intervienen tres sujetos: a) el fideicomitente o creador del fideicomiso; b) el fiduciario o ejecutor del mismo, y c) el fideicomisario, beneficiario de los frutos producidos por los bienes fideicomitados.

II

El contador - Auditor público, en el ejercicio de su profesión, debe resolver o aconsejar soluciones, a problemas financieros de diversas clases.

Si el fideicomisariato se llegara a aplicar en nuestro medio, el contador público está en la obligación de conocer sus características, a fin de poder prestar su colaboración eficiente en la solución de los problemas que de tal operación se originen.

III

Existe en nuestro sistema legal un precepto constitucional que autoriza la operación del fideicomiso en Guatemala, encargando su ejecución en forma exclusiva a instituciones bancarias o de crédito. Dentro de las leyes bancarias encontramos fundamento para que las autoridades monetarias dicten las normas que regulen las operaciones del fideicomiso. Especial cuidado al reglamentar el fideicomiso, debe merecer la determinación clara y concreta de los fines para los cuales se permitirá su aplicación y deberá además, hacerse una divulgación intensiva con el objeto de difundir su importancia y también desvanecer los equívocos que prevalecen acerca del fideicomiso.

IV

La práctica del fideicomiso en nuestro medio, reunirá ahorros con destino a inversiones en valores, por lo que se hace indispensable revisar y actualizar nuestras leyes mercantiles, especialmente el Código de comercio, a fin de que incluya normas acordes con las exigencias de la era moderna, para la emisión de valores, tales como bonos, acciones, certificados de participación, etc.

V

La difusión de la operación del fideicomiso y sus posibilidades de aplicación, generará una canalización de ahorros ociosos hacia actividades económicas necesarias para acelerar nuestro desarrollo económico; de ahí que sea conveniente hacer una excitativa a los bancos del sistema para que al estar legalmente

normado el fideicomisariato, incluyan dentro de los servicios a sus clientes, estas operaciones.

VI

El régimen del fideicomiso ofrece interesantes temas de orden legal que deben ser objeto de estudio por parte de profesionales del derecho: temas que, entre otros, merecen destacarse: el derecho de propiedad especial que se otorga al fiduciario y que deberá incorporarse a nuestra legislación civil; la clase de bienes que el Estado podrá confiar en fideicomiso y su capacidad para hacerlo; los problemas laborales que se produzcan dentro de este régimen; y, la situación legal del patrimonio fideicomitado frente a la quiebra del fiduciario.

VII

En las operaciones contables del fideicomiso, el fiduciario debe observar los principios básicos siguientes:

- a) separar los bienes y las cuentas del fideicomiso, tanto de las propias como de los demás fideicomisos.
- b) mantener una completa distinción entre los bienes que forman el principal y los que integran los frutos o beneficios producidos por el fideicomiso.
- c) distinguir las operaciones que afectan al principal del fideicomiso de las que modifican los frutos o productos del mismo.

Quando en virtud del fideicomiso se reciban sumas en efectivo para inversión, este efectivo deberá registrarlo el fiduciario como "Fondos en fideicomiso" y no como "Depósito en fideicomiso", ya que la segunda denominación incluiría dos conceptos legales diferentes, el del "depósito" y el del "fideicomiso", desnaturalizándose entre sí ambas operaciones.

VIII

Debe declararse de urgencia nacional la pronta emisión de leyes y reglamentos que regulen y normalicen la práctica del fideicomiso en Guatemala, toda vez que de este régimen financiero se obtendrá un eficaz desarrollo en nuestra economía nacional, tal y como se ha producido en muchos otros países.

BIBLIOGRAFIA

- ARAGON C., RAMIRO. *Posibilidades del fideicomiso en la práctica bancaria guatemalteca.*
- BATIZA, RODOLFO. *El fideicomiso.*
- BRUGI, BIAGIO. *Instituciones de Derecho civil.*
- CLARET Y MARTI, POMPEYO. *De la fiducia y del trust.*
- FINNEY, H. A. *Contabilidad superior.*
- H. SIMONS y KAREN BROCK, W. E. *Contabilidad superior.*
- KESTER, ROY B. *Contabilidad superior.*
- LANGSTON, L. H. *Contabilidad bancaria.*
- LEWINSHON, RICHARD. *Trust y carteles.*
- MURATTI, NATALIO. *Elementos de ciencia y técnica bancaria.*
- RABASA, OSCAR. *El Derecho anglo-americano.*
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN. *Derecho mercantil.*
Resoluciones I Congreso nacional de Economistas, Contadores públicos y Auditores de Guatemala.

LEYES

Constitución de la República de Guatemala, (1956).

Código Civil de Guatemala.

Ley de Bancos, (decreto 315).

Ley Orgánica del Banco de Guatemala, (decreto 215).

Código de Comercio de Guatemala.

Nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, (México).

Código de Comercio de Honduras.

Se terminó de imprimir la presente tesis el 3 de noviembre de 1961 (125 ejemplares) en los talleres del Centro Editorial del Ministerio de Educación Pública "José de Pineda Ibarra", en Guatemala Centroamérica.