

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**EL FIDEICOMISO JUDICIAL PARA GARANTIZAR
LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS INCAPACES DECLARADOS EN
ESTADO DE INTERDICCIÓN**

NANCY ANA MARÍA ORTEGA FUENTES

GUATEMALA, JUNIO DE 2017

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL FIDEICOMISO JUDICIAL PARA GARANTIZAR
LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS INCAPACES DECLARADOS EN
ESTADO DE INTERDICCIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NANCY ANA MARÍA ORTEGA FUENTES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2017

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Obdulio Rosales Dávila
Vocal: Licda. Ninfa Lilia Cruz Oliva
Secretario: Lic. Jorge Eduardo Ajú Icó

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario: Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima

RAZÓN: “Únicamente la autora es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 27 de octubre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDGAR RUFINO GARCIA LOPEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
NANCY ANA MARÍA ORTEGA FUENTES, con carné 201014081,
 intitulado REFORMA AL ARTÍCULO 767 TERCER PÁRRAFO DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA
ADICIONANDO EL FIDEICOMISO PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS INCAPACES
DECLARADOS EN ESTADO DE INTERDICCIÓN.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.


El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 01 / 08 / 2016.


 Asesor(a)



Lic. Edgar Rufino Garcia Lopez
Colegiado 5169



Guatemala, 22 de febrero de 2017

Licenciado
Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad de Guatemala



Respetable Licenciado:

En cumplimiento del nombramiento en mí recaído, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la estudiante **NANCY ANA MARÍA ORTEGA FUENTES**, cuyo título es **"EL FIDEICOMISO JUDICIAL PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS INCAPACES DECLARADOS EN ESTADO DE INTERDICCIÓN"**, me dirijo a usted, haciendo referencia a la misma, con el objeto de informas sobre mi labor y oportunamente emitir el dictamen correspondiente,

EXPONGO:

- A) Con la estudiante Ortega Fuentes sostuvimos varias sesiones de trabajo, durante las cuales se le recomendaron algunas correcciones y se le propuso la bibliografía adecuada al tema, sugerencias tales como el cambio del nombre de tesis anteriormente titulado **"REFORMA AL ARTÍCULO 767 TERCER PÁRRAFO DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA ADICIONANDO EL FIDEICOMISO PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS INCAPACES DECLARADOS EN ESTADO DE INTERDICCIÓN"** cambios que fueron aceptados por la estudiante y aplicadas al trabajo de investigación señalado. En concordancia al plan de investigación en base al cual se desarrolló el presente trabajo de tesis, se comprobó suficientemente la hipótesis planteada.
- B) El contenido científico que dio inicio a la presente investigación se basó en la observación estructurada sobre el fideicomiso judicial en virtud del elevado grado de importancia para resguardar el patrimonio de los declarados en estado de interdicción.
- C) En la revisión del trabajo de tesis, se discutieron algunos puntos en forma personal con la autora, realizando los cambios y correcciones que la investigación requirió, en su argumento de lo anterior, procedí a revisar los diferentes métodos empleados, los cuales fueron: el analítico, cuyo cometido fue descomponer el tema central en varios subtemas, con el propósito de encontrar posibles soluciones; el deductivo que partió de generalizaciones universales permitiendo obtener inferencias particulares; el sintético mediante el cual se relacionaron hechos aislados para poder formular una teoría unificando diversos elementos y el inductivo estableciendo enunciados a partir de la experiencia. La técnica utilizada fue la observación.


Lic. Edgar Rufino Garcia Lopez
Colegiado 5169

- D) En la contribución científica, se demostró la importancia de otras figuras legales para la protección de bienes de personas incapaces declaradas en estado de interdicción, a través del fideicomiso judicial otorgado por un juez con el objeto que se vele por el patrimonio, siendo una forma confiable y eficaz para la salvaguarda.
- E) Se comprobó que la bibliografía fuera la correcta, que los métodos y técnicas fueron aplicados adecuadamente, en virtud que, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo; y en cuanto a la conclusión discursiva, comparto los argumentos vertidos por la autora, puesto que las misma se encuentra estructura de acuerdo al contenido del plan de investigación y están debidamente fundamentadas.
- F) Expresamente declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.
- G) En virtud de lo anterior, el trabajo de tesis desarrollado por la estudiante Ortega Fuentes cumple, con la normativa correspondiente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, específicamente con lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, constituyendo un decidido aporte al derecho mercantil guatemalteco.

Por lo anterior, el tema fue debidamente desarrollado y considero que reúne los requisitos necesarios establecidos en los reglamentos correspondientes, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, debiendo en consecuencia nombrar al revisor de tesis a efecto que el presente trabajo sea aprobado y discutido posteriormente en el Examen Público correspondiente.

Con mis altas muestras de consideración y estima.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Lic. Edgar Rufino Garcia Lopez
Colegiado 5169
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 27 de abril de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante NANCY ANA MARÍA ORTEGA FUENTES, titulado EL FIDEICOMISO JUDICIAL PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS INCAPACES DECLARADOS EN ESTADO DE INTERDICCIÓN. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.



DEDICATORIA

A DIOS:

Por concederme la serenidad para aceptar las cosas que no puedo cambiar, el valor para cambiar las cosas que puedo cambiar y la sabiduría para conocer la diferencia; viviendo un día a la vez, disfrutando un momento a la vez; aceptando las adversidades como un camino hacia la paz; pidiendo, como lo hizo Dios, en este mundo pecador tal y como es, y no como me gustaría que fuera; creyendo que Tú harás que todas las cosas estén bien si yo me entrego a Tu voluntad; de modo que pueda ser razonablemente feliz en esta vida e increíblemente feliz Contigo en la siguiente. Amen.

A MIS PADRES:

Ingrid Ivonne Fuentes Monfort y Javier Antonio Ortega Alvarado, por el apoyo, esfuerzo y lucha para verme lograr mi meta.

A MI HERMANO:

José Antonio Ortega Fuentes, por ser ejemplo de lucha, dedicación, independencia y esfuerzo que demuestra en su trabajo.

A MI HERMANA:

Flor del Rosario Ortega Fuentes, violinista magistral quien me ha demostrado ser ejemplo de persistencia y esfuerzo en la dedicación por la música.

A MI FAMILIA:

Por el apoyo que me ha brindado para alcanzar mis sueños y el cariño que me han brindado.

A MI NOVIO:

Carlos Alejandro Godoy Solórzano por darme el apoyo necesario, la fuerza para seguir adelante, y contar con la ayuda de la persona que amas es una gran bendición.

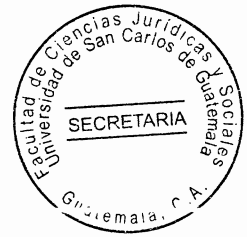


A MIS AMIGOS:

A quienes agradezco por el apoyo recibido, durante el trayecto de estudio. Por enseñarme que unirse y coadyuvar supera cualquier esfuerzo individual.

A LA UNIVERSIDAD

Gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser mi casa de estudios y haberme formado como profesional. Por abrirme a las puertas a nuevas experiencias, amistades y valores.



PRESENTACIÓN

La tesis se enfoca en una investigación cualitativa en la ciudad de Guatemala durante enero a diciembre de 2016, institución jurídica regulada en el Código de Comercio, en el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Artículo 767, tercer párrafo.

De acuerdo con dicha legislación el fideicomiso judicial lo emiten los jueces de primera instancia del ramo civil, en los casos en que por ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de los bienes de los incapaces declarados en estado de interdicción, con opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación. Siendo objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos que legalmente pueden transmitirse, afectándolos a fines previamente determinados, debiéndose consignar el valor estimativo de los mismos. Entre los objetos más comunes aportados al patrimonio fideicometido, son los bienes inmuebles, muebles, dinero en efectivo, títulos de crédito, derechos sobre deudas y otros.

La inquietud por realizar la investigación, es informar, contribuir con conocimientos para el derecho mercantil, el derecho está en constante cambio y evolución. El aporte es demostrar los beneficios que derivan del uso del fideicomiso judicial, es un mecanismo que ofrece confiabilidad para resguardar el patrimonio. Por ello es importante conocer la figura del fideicomiso estudiando todos los aspectos legales. La investigación, se desarrolló durante el periodo de investigación que constará del desarrollo del trabajo de tesis, esto es la realización de un trabajo de investigación original, que está respaldado por reconocidos tratadistas en la materia y con revisores previos a su aceptación.

HIPÓTESIS

Las primordiales consecuencias desde la perspectiva mercantil del desconocimiento del fideicomiso judicial es la falta de información y la incomprensión de aplicar esta figura mercantil para la protección del patrimonio de los declarados en estado de interdicción; esto también es debido a la poca claridad de aplicación de técnica jurídica contenida en el Artículo 767 tercer párrafo y el Artículo 771 del Código de Comercio de Guatemala, por lo que es necesario que se garantice esta figura del fideicomiso judicial para la protección del patrimonio de los incapaces declarados en estado de interdicción, según lo contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala es obligatorio que el Estado brinde protección a la persona y como deber del mismo es garantizar la seguridad jurídica de los actos que se realicen en la esfera del derecho, que no obstante de tener antecedentes históricos antiguos tiene una particular importancia en la práctica bancaria guatemalteca.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis planteada se comprobó, derivado del desconocimiento e inaplicación por parte del sistema de justicia, que ignora el fideicomiso judicial, con el objeto de comprobar la hipótesis se empleó el método deductivo, para estudiar la figura del fideicomiso desde su aspecto general hasta su aspecto específico, fue necesaria esta metodología que desentraña partes o elementos específicos, y se enfoca en reconstruir un todo integrando las partes esenciales, previamente determinada en verdades, axiomas y principios de esta figura mercantil, ya establecidos sólidamente. Además, se utilizó el método inductivo como aquella orientación que va de los casos particulares a lo general.

Asimismo, se utilizó el método cualitativo, el método histórico, el método descriptivo, el método explicativo, el método analítico y el método comparativo.

Del mismo modo, se aplicó la técnica documental, para seleccionar las fuentes legales y doctrinarias, como base en el estudio y fundamentación de la presente indagación, que al finalizar la investigación fueron cumplidos a cabalidad.

Las técnicas de investigación utilizadas fueron las siguientes: fichaje, revisión bibliográfica, hemerográficas, documental y entrevistas que fueron de soporte para la elaboración del presente trabajo.



ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos del fideicomiso	1
1.1. Pacto fiduciario	4
1.2. Fideicomiso romano	6
1.3. Sustitución fideicomisaria	9
1.4. Usos o trust.....	10
1.5. Trust económico	16
1.6. Trust o fideicomiso actual.....	18

CAPÍTULO II

2. El fideicomiso	23
2.1. Características del fideicomiso mercantil	32
2.2. Sujetos	33
2.4. Diferencia entre figuras semejantes.....	41
2.5. El fideicomiso frente al concepto legal de propiedad.....	49
2.6. Clases de fideicomisos	50
2.7. Objeto del fideicomiso	65
2.8. Patrimonio fideicometido	66
2.9. Extinción del fideicomiso	67



CAPÍTULO III

3. La Procuraduría General de la Nación	69
3.1. Antecedentes	70
3.2. Definiciones	74
3.3. Estructura orgánica.....	77
3.4. Regulación legal	81
3.5 La capacidad	82
3.6 La incapacidad.....	82
3.7 La interdicción.....	83
3.8 La legislación en el procedimiento de declaratoria de interdicción y la necesidad de su abordaje jurídico para la disposición de bienes.....	84

CAPÍTULO IV

4. El Fideicomiso en el derecho comparado latinoamericano	87
4.1. El fideicomiso en El Salvador	88
4.2. El fideicomiso en Honduras	89
4.3. El fideicomiso en Panamá.....	90
4.4. El fideicomiso en México	91
4.5. El fideicomiso en Argentina	93
4.6. El fideicomiso en Guatemala.....	94
4.6.1. El Fideicomiso judicial.....	94
4.6.2. Problemática de la aplicación del fideicomiso judicial.....	97
4.6.3. Impacto en la vulneración del patrimonio de los incapaces declarados en estado de interdicción.....	98
4.6.4. Propuesta para la aplicación del fideicomiso judicial	99



Pág.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	103
ANEXOS	105
BIBLIOGRAFÍA.....	109

INTRODUCCIÓN

El trabajo de tesis fue elaborado en virtud de la importancia del fideicomiso judicial, el cual se encuentra establecido en el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 767. La inquietud por realizar la investigación sobre el fideicomiso judicial, se debe a que esta figura mercantil se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico sin embargo no es positiva su aplicación en la sociedad guatemalteca.

En este sentido, lo que se pretendió con la realización de este trabajo, fue demostrar y a la vez concientizar a la población y al sector institucional del contenido de esta figura jurídica mercantil del fideicomiso judicial, como un factor determinante para la seguridad y eficacia del manejo del patrimonio de los incapaces declarados en estado de interdicción, porque es necesario que exista una mayor promoción en el ámbito jurídico para dar a conocer los beneficios.

La hipótesis planteada en el plan de investigación de la tesis, fue comprobada, debido a que con esta indagación se demuestra que la falta de aplicación y protección de la institución jurídica mercantil del fideicomiso judicial por parte de los jueces de familia, vedando la protección del patrimonio de los incapaces declarados en estado de interdicción.

La tesis contiene en el primer capítulo, los antecedentes históricos de la institución del fideicomiso en el derecho romano hasta la evolución actual; el segundo capítulo, se refiere a los aspectos generales del fideicomiso conteniendo las principales

características, sus componentes, su campo de aplicación y algunas sugerencias para su desarrollo en nuestro medio; en el capítulo tercero, se desarrolla un análisis de la institución de la Procuraduría General de la Nación, fundamento doctrinario, la presente investigación; por último, en el capítulo cuarto, contiene la descripción del fideicomiso judicial y como está regulado en el derecho comparado.

Los métodos utilizados fueron los siguientes: cualitativo, deductivo, inductivo, histórico, descriptivo, explicativo, analítico, analógico o comparativo y fundamentalmente el método hermenéutico, es necesario interpretar y conocer el alcance de las prescripciones jurídicas. Todos ellos se utilizaron durante el desarrollo de la investigación con el objeto de cumplir por medio de ellos, los objetivos de la misma, tanto el general que consistía en dar a conocer el fideicomiso judicial obligatorio para garantizar la protección del patrimonio de los incapaces declarados en estado de interdicción, así como los específicos, que al finalizar la investigación fueron cumplidos a cabalidad.

Las técnicas de investigación utilizadas fueron las siguientes: fichaje, revisión bibliográfica, hemerográficas, documental y entrevistas que fueron de soporte para la elaboración del presente trabajo.

Para finalizar, se establecen la conclusión discursiva fundamenta en base legal del problema planteado que se dirige a que este análisis sea de gran importancia para la conservación del patrimonio de los declarados en estado de interdicción a través de la figura del fideicomiso judicial, enfocado en el derecho mercantil guatemalteco.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos del fideicomiso

El vocablo fideicomiso, según el diccionario de la Real Academia Española¹ se formó con las voces latinas “fides” que significa confianza, fe o lealtad representada en la mitología romana como la diosa de la confianza y de “comissum” que es el participio pasivo de “comitto” que equivale a encomendar o encargar, a lo cual lo podemos interpretar como el enviar algo con alguien de confianza.

Surge el fideicomiso, según desde el punto de vista histórico, como una disposición de tipo testamentario, es decir, que es la manifestación de última voluntad de una persona que se preocupa por la buena administración y manejo de la masa hereditaria que instituye a favor de determinada persona o personas.

Atendiendo a consideraciones tales como la edad (que el beneficiario sea aún menor de edad), capacidad (es decir que la persona sea capaz de valerse por sí misma), con la finalidad de la prevención, es decir la dilapidación del haber patrimonial asimismo también en la búsqueda de un mejoramiento del patrimonio al incrementarse mediante una adecuada inversión y manejo que pueda tener como resultado el redito de beneficios, es por ello que el dueño principal de los bienes y derechos puede optar por la constitución de un fideicomiso.

¹ <http://dle.rae.es/?id=HrNcwXy> (Consultado el 12 de octubre de 2016)

Además, se debe tener en consideración que las instituciones sociales y jurídicas, con el tiempo evolucionan y la aplicación original que pudo haberse concebido se extiende a otras circunstancias que derivan otros usos y modalidades. Por otro lado, ha ocurrido en el caso del fideicomiso, debido a su auge y éxito en la práctica bancaria y el reconocimiento legal ha permitido que utilice esta institución de manera más amplia y no sólo para disposiciones de índole testamentaria.

En la actualidad el concepto fideicomiso ha variado sustancialmente en relación al que en su origen se le atribuía en la figura 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.

El fideicomiso es una institución de antecedentes antiguos, utilizado en distintas épocas con diversos fines, según las necesidades y circunstancias económicas, debido a los beneficios que pueda obtener el mismo propietario de los bienes y derechos; es decir que fideicomitente puede ser a la vez el fideicomisario, como lo establece el Código de Comercio Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 769, donde se establece que “El fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso.”

Sin embargo, se menciona que: “No existe unanimidad en la doctrina para indicar cuál es el antecedente directo del fideicomiso que se practica en los países de derecho latino.

Unos lo encuentran en el antiguo Derecho romano, mientras que otros en el Derecho anglosajón”.²

El principal objetivo de esta figura desde sus orígenes fue la de transmitir confianza a las personas que lo utilizaron derivado de las múltiples ventajas que genera, otra motivación que deriva de la constitución de un fideicomiso es la establecida en el Artículo 771 del Código de comercio: “Contrato de fideicomiso. El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de los bienes, según el cual también los Jueces de Primera Instancia pueden proceder a hacerlo, cuando exista solicitud, y dentro de la potestades y casos en que le reconoce la facultad nombrar administradores de bienes.” Es por ello que, al redactarse el fideicomiso en Escritura Pública, tiene la ventaja que es un documento confiable.

En Estados Unidos aparecieron las primeras empresas de fideicomisos, siendo a principios del siglo XIX cuando se formó en Nueva York la empresa de seguros Farmer’s Fire Insurance and Loan Company. Entre las funciones específicas de estas empresas se señala que era la recepción de depósitos de dinero fideicomisado, títulos valores y otras propiedades personales de cualquier persona o corporación y préstamos garantizados con propiedades personales o reales, comprar, invertir y vender acciones, letras de cambio, bonos, hipotecas y otros títulos valores; y aceptar, en función de los

² Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, obligaciones y contratos. Tomo III.** Pág. 127

términos establecidos con carácter testamentario, el nombramiento de albacea o fideicomisario de haber patrimonial de cualquier persona fallecida.

El fideicomiso fue incorporado en la Constitución Política de la República de Guatemala del año 1945 y también en la de 1956, posteriormente fue incorporado al Código Civil de Guatemala siendo vigente hasta el año de 1970 en los artículos comprendidos del 560 al 578, fueron derogados expresamente al cobrar vigencia el actual Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República, que agrupó una buena parte de las disposiciones contenida en los artículos derogados.

1.1. Pacto fiduciario

Para comprender esta institución jurídica, será necesario un análisis histórico; modernamente esta figura mercantil adquiere más vigor en el mundo de los negocios. Sin embargo, cuando se menciona que no se sabía el origen del fideicomiso, es necesario mencionar que inicialmente era para caracterizar las operaciones de confianza, se utilizó el pactum fiduciae, esta es una de las formas más antiguas del derecho romano con el fin de asegurar una deuda, la que consistía en un contrato por el que el deudor transmitía la propiedad de un objeto como garantía al acreedor, y el acreedor asume la obligación de hacer uso de ella con un fin determinado y, por lo menos con el acuerdo de que el deudor lo restituiría al pagarse la deuda.

Sin embargo, si el deudor no llegaba a cumplir su obligación con el acreedor se adjudicaba la propiedad del bien a este, incluso cuando el valor del mismo bien excediere

del monto del crédito que garantizaba, sin que se le pudiera pedir compensación alguna por la diferencia.

Considerando lo anterior expuesto la devolución de la cosa entregada como garantía o para ser administrada dependía enteramente de la honradez del fiduciario, propietario a todos los efectos legales.

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

Es por ello que posteriormente y paulatinamente fueron creándose acciones pretorianas destinadas a proteger al fiduciante de los abusos del fiduciario dando a aquél amparo legal.

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.

Visto de esta forma, la fiducia se aplicó más a operaciones de garantía a diferencia del fideicomiso que, como veremos adelante, alude típicamente a un encargo de confianza, los beneficios que otorga el contrato de fiducia por ser un contrato de buena fe, en cuya

virtud una persona, fiduciante, se obliga a transmitir y transmite a otra persona, fiduciaria, la propiedad de una cosa mancipable a través de la in iure cessio o de la mancipatio.

1.2. Fideicomiso romano

En el derecho romano, es la rama del derecho testamentario, se utilizó la figura del fideicommissum, por medio de la cual se designaban como beneficiarios a personas que podían ser herederos o legatarios, debido a las prohibiciones que contemplaba el derecho romano.

Entre las prohibiciones para heredar en el derecho romano fueron diversas, y dependiera de las distintas épocas y leyes romanas; en algunas épocas, por ejemplo, no podían heredar por testamentos los extranjeros, salvo que el testador fuera militar; los esclavos del testador, salvo que al mismo tiempo se confiriera la libertad; con el tiempo se fue modificando gradualmente esta situación.

El fideicomiso estaba ligado a la trasmisión por causa de muerte y era empleado para eludir las múltiples deficiencias que contenía el derecho romano, como siempre debemos convenir en que el derecho romano en su original régimen era formalista, para constituir legado o para a la vez colmar las deficiencias que la herencia entrañaban, cuando ni uno ni otra permitían favorecer toda suerte de disposiciones por causa de muerte.

Es primordial la figura del fideicomiso puesto que constituía en que una persona transfería a otra, por vía de testamento, uno más bienes con el objeto de que esta, figurando

externamente como propietario, los empleara en beneficio de otra u otras terceras a las cuales más adelante, si ello era posible debían serles transmitidos los bienes.

Es esta figura la confianza es absoluta y se reduce en la posibilidad de abuso por parte del fiduciario que podía negarse a transferir los bienes al beneficiario.

De tal manera 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 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 beneficiados de un legado las municipalidades, las mujeres, los proscritos, los póstumos, los libertos y otros más.

Dentro de este orden de ideas Bonfante expone que el fideicomiso es “una disposición de última voluntad en la que se confía la ejecución fuera del testamento en la fe del heredero o en otra persona beneficiada.”³

En este orden de ideas el fideicomiso se utilizaba cuando, por motivos de lugar o de momento, el autor de la herencia no podía legalmente otorgar en testamento.

Es por ello que lo anterior dio lugar a que se utilizara la figurada del fideicomiso para instituir heredero a una persona legalmente capaz de ejercer ese derecho, pero

³Bonfante, Pedro, **Instituciones de derecho romano**, Pág. 633

recomendándole el testador que entregara la herencia a quien éste en definitiva deseaba favorecer.

Quienes utilizaban esta clase de procedimientos, 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, al utilizarse para defraudar la acción legal, el acto se declara 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.

1.3. Sustitución fideicomisaria

Esta figura jurídica se conoce también con los nombres de fideicomiso gradual, fideicomiso conservativo, fideicomiso familiar, fideicomiso sucesivo o fideicomiso perpetuo. La sustitución fideicomisaria, era la simple fusión de los bienes y patrimonios de una familia.

Es por eso que es 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 del derecho romano; 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, el año de 1849 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 debido a que estas servían para agenciarse de un sin número de

propiedades, dando como resultado la monopolización de los bienes por parte de núcleos familiares.

1.4. Usos o trust

Inicialmente esta figura jurídica comienza con el use que es la transmisión hecha a un tercero con obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario. Su utilización parece haberse popularizado con motivo de la expedición del estatuto de manos muertas que impedía a las comunidades religiosas poseer bienes inmuebles. Para obviar el inconveniente, los monjes transferían o adquirían a través de un tercero la propiedad de un inmueble destinado a beneficiar a la comunidad.

El constituyente del uso se denominaba feoffor to use o settlor. Es preciso determinar que sin embargo el use también se utilizó para llevar a cabo transmisiones testamentarias prohibidas por la ley o en fraude de acreedores.

Esta figura se conoce y se aplica en la actualidad, en los países que lo han legislado, se considera como un derivado del Trust inglés, y no del fideicomiso romano. Es necesario hacer notar en forma breve el acto jurídico del Derecho inglés. Eder Phanor expone que “El trust, del que se ha dicho que es la contribución más valiosa proporcionada por el derecho angloamericano a la teoría general del derecho.”⁴

⁴ Phanor J. Eder, **El fideicomiso (trust) en el derecho angloamericano**. Pág. 27

Por lo tanto, esta figura deriva del uso inglés el cual era utilizado para evadir restricciones legales a la libre disposición y utilización de los bienes inmuebles, con esta figura se traspasaba el dominio de los bienes inmuebles a quienes estuvieran legitimados para adquirirlo, asumiendo éste la obligación moral de poseerlo en beneficio de un tercero.

Es por eso que, para evadir las prohibiciones en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, los ingleses utilizaron el trust, al igual que los romanos lo hicieron con su fideicomiso. Es por ello que acontecimientos políticos posteriores difundieron y afirmaron el uso del trust para cometer actos contra el orden jurídico legal.

Como se estableció, 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 vigente entre las cuales podemos mencionar era evitar confiscaciones por traición durante las guerras civiles, también para obviar las leyes prohibitivas de las mano muertas y para salvaguardar el patrimonio de los malos deudores, etc.

Se plantea entonces por qué el fideicomiso romano se extinguió al desaparecer las limitaciones hereditarias y, en cambio el trust, con variaciones a su naturaleza jurídica y 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.

Debe señalarse que, para conocer el trust inglés, es necesario antes examinar al respecto de los usos conocidos como uses que fueron los precursores.

Considerando lo anterior expuesto el uso, cuyo origen quizá se remonta al siglo XIII, se utilizó principalmente, para que el propietario de una tierra cediera su dominio a otra persona, con el entendido de que sería una tercera persona la que tendría el derecho de disfrutar de todos los beneficios del verdadero propietario del bien. Convivían simultáneamente, pues, dos propietarios y dos dominios respecto de una misma cosa; es decir, que a uno correspondía la nuda propiedad y al otro el dominio útil: para ello es de interés recordar que la nuda propiedad hace referencia a cierta propiedad limitada y se ha restringido a su propietario el derecho de disfrute; en cuanto al dominio útil, este 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.

Por consiguiente, el uso se diferencia del uso establecido por los romanos en el que el usufructo, establecía que el usufructuario sólo percibía el beneficio de la cosa, en cambio en el uso de la persona que recibía el dominio del bien, debía tenerlo para beneficio y a disposición absolutos de tercera persona.

Por consiguiente, 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 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.

A causa de ello 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.

Como resultado los usos eran considerados como actos sujetos de derecho de equidad y sus controversias se arreglaban en tribunal de equidad, pero no se admitía ni se aplicaba el principio de que la equidad sigue al derecho estricto, el cual se otorgan derechos equitativos a las partes.

Los usos constituyeron un medio fácil para el fraude de los acreedores y las ventajas que representaba para unas personas repercutían 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 prestanombres (persona a quien se trasladaba la propiedad del bien).

Según afirma Rodolfo Batiza⁵ “en el año de 1535 y debido a la fuerte oposición que se suscitó contra la práctica de los usos, fue promulgada la llamada ley de usos. Dicha ley

⁵ Batiza, Rodolfo. **El fideicomiso**. Pág. 45



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.”⁵

Por lo tanto, que 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 que fueren semejantes a los usos, pero que no estaban comprendidos en la citada ley, negocios que más tarde se denominaron trust.

Finalmente, el trust cuya fuente se detalla y que más adelante tratará de definir e introducir, debido a los fines con que se emplea son prácticamente ilimitados, tanto en el ámbito de las relaciones como en el ámbito familiar. Es sobre todo en la actividad bancaria y en la de la vida de las corporaciones donde el trust encuentra constante empleo.

Los autores Rodolfo Batiza y Alejandro Bernate, citados, afirman que se distinguen cuatro etapas de la vida del trust:

De la aparición de los “uses” hasta principios del Siglo XV, aun cuando en esta época no gozaron de protección legal, si se dictaron algunas leyes para evitar las transmisiones en fraude de acreedores (1376) y la transmisión llevada a cabo por el despojante (1377).

⁵ Batiza, Rodolfo. **El fideicomiso**. Pág. 45



De principios del Siglo XV a la promulgación de la ley de los uses, estos dejaron de ser un mero compromiso de conciencia para convertirse en derecho indiscutible recibiendo la protección de la Cancillería como el derecho de equidad transmisible por cesión o causa de muerte. Por lo tanto, aun cuando los tribunales de Common Law no reconocían derecho alguno al cestu que use, el Canciller basado en los principios de la equity, protegió su posición en forma eficaz.

De la ley de los Usos del Siglo XVI y finales del Siglo XVIII, el Statute of Uses de 1535 resultante del rechazo de quien justa o injustamente se sentían lesionados con la situación, reputó al cestui que use en adelante como verdadero dueño sin privarlo, sin embargo, de la protección de la equity. Con el correr del tiempo se hicieron sutiles distinciones que sustrajeron parte de los uses al control de la ley, siendo reconocidos por el Tribunal de Cancillería y recibiendo el nombre de Trust.

De finales del Siglo XVIII a la época contemporánea, esta institución se desarrolló rápidamente. La ley sobre la Organización Judicial de 1873 estableció que en caso de conflicto entre las normas del Derecho Común y las de Equidad, prevalecían éstas y aun cuando en la actualidad los dos sistemas se han fusionado, los problemas del "trust" son conocidos por una Sala Especial de la Corte de justicia.

1.5. Trust económico

Debe señalarse que en la vida de los negocios y bajo el régimen de libre competencia, existe una finalidad: el triunfo sobre el competidor. Este propósito se puede lograr si el competidor se declare vencido y se convierta así en un dependiente de la empresa ganadora; o que se logre un acuerdo en el que las empresas eliminen sus competencias.

En el inicio surge un trust y por la segunda un cartel, por lo que se encuentra 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.

Como se expone "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 es el caso en Estados Unidos del trust de la General Motors Corporation, y que existe también el trust de la Ford Motor Company."⁶

Es elemental exponer que las características que se desean resaltar en el trust económico son el de la extensión del grupo económico, también unión financiera o de administración; y por último su tendencia a la expansión económica debido a que tiene una singular importancia en las finanzas.

⁶ Castellanos Díaz, Norberto Rodolfo. **El Fideicomiso su proyección para Guatemala.** Pág. 23

administración; y por último su tendencia a la expansión económica debido a que tiene una singular importancia en las finanzas.

Como consecuencia la política hostil a la utilización y creación del trust ha hecho que los contratos formales, por los que se constituían, se transformen en convenios verbales conocido como los gentlemen's agreements entre los sujetos que celebraban un trust económico.

Finalmente, el trust económico se conoce como la unión de interese de organizaciones, cuyas tendencias y prácticas monopolísticas se dirigen a suprimir la libre competencia, prohibido en la legislación guatemalteca, establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 130 al establecerse que "Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia.

El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores". Es decir que existe monopolio si las autoridades conceden o permiten a una empresa, con carácter exclusivo, el aprovechamiento de alguna industria o comercio; si los comerciantes o industriales, mediante pacto o convenio venden sus productos y servicios a un precio determinado; y si acaparan productos o servicios, con la finalidad de controlar los precios del mercado. La Constitución Política de la República de Guatemala prohíbe estas tres modalidades.

Dentro de este marco de la investigación, la aceptación económica del trust económico es totalmente ajena a la institución jurídica modelo, precursor del fideicomiso moderno al que nos estamos refiriendo en el presente trabajo.

1.6. Trust o fideicomiso actual

A continuación, con el propósito de llegar a explicar 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 citada⁷, y que 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 intrínsecas de esta figura jurídica.

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.

⁷ Batiza, Rodolfo. *Op. Cit.* Pág. 34

A consecuencia de ello es necesario indicar que se considera imposible una traslación perfecta del trust a los sistemas de derecho romano, por lo que en los países latinos se ha incorporado en su legislación una institución inspirada en el trust bajo el nombre de fideicomiso, con características propias y diferenciadas del trust angloamericano.

En más de 16 países como una forma habitual de gestionar determinadas operaciones económicas, teniendo en cada país su propia autonomía, derivado de las circunstancias económicas y sociales propias contenidas en la legislación de cada país.

El éxito de su utilización radica, con las características propias de cada país, en la transparencia y seguridad de las operaciones, la flexibilidad en la estructura adecuada a cada caso particular y la separación del patrimonio personal del fiduciario, de los fiduciantes y de los beneficiarios.

Sin embargo, la influencia económica de los Estados Unidos en los países latinoamericanos, siendo un fenómeno observable también en materia jurídica con la proliferación de derecho, hizo que Guatemala se interesara en el trust, hasta entonces prácticamente ignorado fuera de las fronteras de los países anglosajones, que posteriormente se transformó con diferentes matices y también que en la legislación guatemalteca influyo tanto el derecho español, como el derecho francés entre otros lo que en efecto produjo el actual fideicomiso contenido en el Código de Comercio.

No obstante, el análisis del fideicomiso guatemalteco, conduce a determinar algunos elementos típicos necesarios para marcar su carácter sui generis, puesto que no se trata ni de un trust ni de un negocio fiduciario, no obstante, su denominación.

La importancia práctica de establecer la naturaleza de una figura jurídica reside en que su conocimiento suele ser la guía para la integración de una norma insuficiente o para determinar el sentido de una norma oscura.

Debe señalarse que el fideicomiso no ha sido legislado de manera uniforme, por lo que no es posible una definición que comprenda todos los caracteres señalados en el derecho positivo, debiendo el intérprete ceñirse a la descripción de los elementos que, por ser comunes en las leyes, tipifican la figura.

El estudio comparatista permite encontrar en aquéllas tres rasgos esenciales: un patrimonio afectado a un propósito determinado, un sujeto ajeno a la finalidad perseguida encargado de los actos tendientes a su cumplimiento y beneficiario de tal actividad. Sólo a estos caracteres debe referirse la definición si se pretende dar una validez universal.

Por consiguiente, todo lo demás reglamentado en las distintas leyes acerca de los modos y formalidades de la constitución del fideicomiso, calidad de los sujetos participantes, titularidad del patrimonio afectado, derechos residuales del fiduciante, facultades y obligaciones del fiduciario, extinción del fideicomiso, etc., son datos contingentes cuyo examen correspondería hacer al considerar cada ordenamiento en particular.

Por consiguiente, ha llegado el momento de informar y explicar sobre este tema, en el que hay exposiciones de diferentes estudiosos de la materia, con diferentes exposiciones de la doctrina comparada, la que debe ser leída con cuidado porque se refiere a otras legislaciones que, tienen de común el esfuerzo adaptador del trust anglosajón, presentan también disposiciones de detalle no siempre compatible con nuestro actual Código de Comercio de Guatemala. Se trata de un tema que debe ser examinado dentro de nuestro sistema.

Es por ello que el trust es una figura jurídica íntimamente ligada a la common law y es aceptado en la mayoría de los países de influencia anglosajona, como lo son los Estados Unidos o los países de la llamada Commonwealth, antiguas colonias británicas. Por el contrario, es inexistente en prácticamente todos los estados que basan sus sistemas legales en el llamado código civil o derecho continental, es decir, la mayoría de los países de Europa, entre ellos España y Latinoamérica.

Por otro lado, varios países latinoamericanos, han introducido en sus legislaciones una figura que se asemeja bastante al trust. Se trata del fideicomiso. Cabe destacar sin embargo que el fideicomiso, al ser típico de las jurisdicciones de derecho civil, está bastante más limitado en sus aplicaciones. Esto es debido a que no reconoce la existencia de la doble propiedad típica en la common law.



CAPÍTULO II

2. El fideicomiso

En el diccionario de la Real Academia Española define al fideicomiso como: “Disposición por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la buena fe de alguien para que, en caso y tiempo determinados, la transmita a otra persona o la invierta del modo que se le señala”.⁸

En la definición anterior se refiere al fideicomiso testamentario en donde el testador faculta a alguien de confianza para que administre debidamente de acuerdo con la voluntad del testador los bienes del causante.

En su aproximación contextual, existe el fideicomiso cuando una persona física o jurídica, denominada fiduciante, transmite la propiedad de un bien a otra, quien asume el rol de fiduciario, para que esta última cumpla con un encargo respecto del bien transmitido.

Esa transmisión de propiedad se realiza a título de confianza, es decir, el fiduciario deberá cumplir el encargo y darle al bien objeto de la transmisión, el destino que el fiduciante previó en el acto que da nacimiento al fideicomiso. En el cual se enuncian tres sujetos que pueden ser destinatarios finales.

⁸ <http://lema.rae.es/drae/?val=fideicomiso> (Consultado: el 4 de marzo de 2015)

Señala Carregal "la transferencia de la propiedad a título de confianza es la esencia de esta figura".⁹ Con esta expresión se quiere significar que la propiedad se ha transmitido en razón de una motivación que subyace en el acuerdo de voluntades que ha precedido a la enajenación o es concomitante con ella. Representa en alguna medida el porqué del acto y la interrogante que conlleva tiene una respuesta: se transmite el bien, porque se tiene la confianza necesaria en que el adquirente hará cumplir el encargo. Por esta razón no puede calificarse al acto de la transferencia de la propiedad fiduciaria como un acto a título oneroso simplemente porque el adquirente nada otorga a cambio del bien.

No obstante, tampoco será un acto a título gratuito porque la propiedad no se regala al adquirente fiduciario. Este último la recibe tan sólo como un medio para la mejor ejecución de encargo respecto del bien transmitido.

Además, debe considerarse muy especialmente que no es dable confundir la transferencia de la propiedad fiduciaria con el contrato de fideicomiso propiamente dicho. Sin perjuicio de lo expuesto, el ejercicio del rol de fiduciario podrá ser oneroso o gratuito, según el fiduciario perciba o no una retribución por las prestaciones a su cargo.

Los bienes incorporados al fideicomiso tienen un titular, que es el fiduciario, pero esa titularidad no significa un enriquecimiento económico para este último, esos bienes figuran en una cuenta patrimonial dentro de su balance, por el contrario, deberán ser incorporados mediante llamadas cuentas de orden.

⁹ Carregal, Mario. **El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas**. Pág. 74

Además, los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución regular del fideicomiso, éstas sólo serán satisfechas con los bienes del fideicomiso, y éstos garantizan las obligaciones contraídas para cumplir el fin o encargo.

Es por ello que un negocio protegido bajo esta figura está a salvo de las contingencias personales de los sujetos intervinientes y su suerte dependerá exclusivamente del destino y mano del negocio en cuestión. Así ese proyecto queda aislado, sin que ningún otro mal negocio de los sujetos mencionados pueda perturbar su marcha. Este es en esencia el principal efecto de un patrimonio separado.

Lo trascendente en esta figura contractual no es un negocio en sí mismo, sino que es simplemente un medio que las partes utilizan para concretar otros negocios subyacentes bajo un esquema jurídico de máxima garantía. Estas operaciones subyacentes serán a título gratuito u oneroso de acuerdo con lo pactado por las partes.

El fideicomiso podrá ser el medio para garantizar una liberalidad del fiduciante a favor del beneficiario, todo lo contrario, podrá ser el medio para garantizar una compraventa, una permuta, o cualquier acto a título oneroso.

De hecho en favor del fideicomiso se cuenta el hecho de que se trata de un instrumento sumamente elástico que puede ser utilizado para lograr innumerables fines, por ejemplo utilizarlo meramente para el traslado del dominio de un propiedad, la administración o la inversión; facilita así las operaciones que de otra forma serían mucho más costosas o

complicadas de realizar, logrando crear un patrimonio afectado al fin querido y a salvo de los acreedores del fiduciario, del fiduciante y del beneficiario.

Además, la actuación de un tercero en el que las partes depositen su confianza es una herramienta que descomprime muchas situaciones y facilita la creación de negocios de todo tipo, no sólo inmobiliarios.

Resulta, entonces, sorprendente la forma en que los esquemas contractuales complejos se simplifican con el fideicomiso, se reducen también los costos y garantiza a las partes el cumplimiento del contrato con un solo bien: el bien dado en fideicomiso, sin necesidad de avales, fianzas o garantías adicionales que inmovilizan activos. Además, existirá un tercero que es el fiduciario, que no estará involucrado con el interés egoísta de cada uno de los contratantes y que actuará en función del encargo.

Con este nuevo fideicomiso se tiene una institución compleja. Ello se advertirá a medida que avance en la investigación y estudio, especialmente, cuando hablemos de su naturaleza jurídica y su forma de constitución; dicha figura se encuentra establecida en nuestro ordenamiento jurídico en el Código de Comercio de Guatemala, comprendido de los Artículos 766 al 793. En el Código de Comercio de Guatemala, no existe una definición legal del fideicomiso, sin embargo, los artículos de dicho código establecen de manera general el contenido de esta figura jurídica, a sus elementos personales, reales y formales.

Esto es debido a los cambios económicos que ha sufrido Guatemala en los últimos tiempos, no puede entenderse sin la participación de las instituciones bancarias y

financieras, autorizadas por la Junta Monetaria para operar en el país, las cuales, de conformidad con nuestra legislación vigente, son las únicas entidades autorizadas para actuar como fiduciarias de un fideicomiso.

A) Teorías del fideicomiso

Es importante destacar la naturaleza jurídica del Fideicomiso, han escrito varios doctrinarios comparando esta figura como un mandato, patrimonio sin titular, una sub propiedad, un negocio fiduciario, a una declaración unilateral de voluntad; a un contrato fiduciario, etc.

Debe señalarse que para estudiar a profundidad el fideicomiso, en la aulas de las universidades de Guatemala, especialmente en las facultades de derecho es indispensable con textos básico y accesibles, para conocer desde el punto de vista jurídico, la dinámica de esta institución jurídica y comprender el papel que juegan las entidades bancarias y financiera en su instrumentalización para ello se debe comprender los diferentes puntos de vista de la naturaleza jurídica del fideicomiso, la importancia práctica de establecer la naturaleza de una figura jurídica reside en que su conocimiento suele ser la guía para la integración de una norma jurídica insuficiente o para determinar el sentido de la norma oscura, en el derecho al encontrar lagunas, el que interpreta debe hallar la regla aplicable al caso, es por ello que acontece a través de estas teorías que desarrollan cada uno de los estudiosos de esta rama jurídica, desarrollándose las siguientes teorías:

a) Teoría del fideicomiso como mandato

El mandato y el fideicomiso están íntimamente relacionados y tienen algunas semejanzas, por lo que el mandato se define como un contrato por el cual una persona se obliga a prestar un servicio o hacer una actividad por cuenta o encargo de otra; sin embargo, la diferencia básica con el fideicomiso es que en el mandato no se adquiere la propiedad de los bienes.

La crítica a esta teoría es que el mandato no hay un transmisión real de bienes y que la transmisión real de bienes entre el mandante y el mandatario, sería una compraventa; por lo que de acuerdo a esta crítica, el fideicomiso, no puede ser un mandato; también se le ha criticado por la aparente inconsistencia entre la irrevocabilidad y el mandato como contrato de naturaleza revocable; así mismo que en principio, el mandatario obra en nombre y representación de su mandante, y el fiduciario actúa como propietario o titular de los bienes frente a terceros, celebrando los negocios en su nombre.

b) Teoría del fideicomiso como patrimonio sin titular

Se establece que según esta teoría debido a la desafectación del patrimonio del propietario del bien, este bien no tiene titular; sin embargo, se critica esta teoría dado que los bienes deben tener alguien que ejerza el derecho de ser titular del mismo.

Por último, del análisis crítico de las teorías anteriores, se concluye que ninguna de ellas tiene la solidez suficiente para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso,

principalmente, porque quienes las sustentan no se ha colocado, desde el ángulo exacto que les permita examinar el problema, y ese ángulo no suele ser otro, como quedó demostrado a partir del primer capítulo, que el del negocio jurídico.

El fideicomiso, es pues, un negocio jurídico y es además un negocio complejo, es decir, un negocio unilateral en cuanto a su constitución y contractual en cuanto a su ejecución. De lo anterior y en atención a sus elementos personales se define en un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud del cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado y la ejecución de los actos que tiendan a ese fin, deberá realizarse por una institución fiduciaria que se hubiera obligado contractualmente a ello.

Es a través de ello los estudiosos tratan de estudiar el problema relativo a la situación jurídica que guardan los bienes fideicometidos, sin mencionar el acto que origina dicha situación, en cambio en resumen se estudia desde el acontecimiento dotado de juridicidad al negocio jurídico.

c) Teoría del fideicomiso como patrimonio de afectación

Esta teoría sostiene que los únicos elementos constantes esenciales en los negocios de trust radican en la existencia de un patrimonio y una destinación, de donde puede afirmarse que es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público”.

Se le ha criticado, porque siempre tiene que haber algún elemento personal, vinculado al trust en cualquiera de sus modalidades; no se puede pensar en un patrimonio desvinculado de todo sujeto. Además, se ha sostenido que la expresión afectación, no tiene un contenido propio en muchas de nuestras legislaciones y que, por consiguiente, no puede dársele el alcance que pretendió el jurista francés.

Según explica el autor Sergio Rodríguez Azuero, “se ha criticado la teoría en forma severa por estimarse que fue fruto de una construcción artificiosa porque, para probar que los elementos personales no eran esenciales, se tomaron ejemplo de distintas modalidades de “trust”, en una de las cuales no es necesario el “settlor”. En otra, si no se designa trustee él será designado por el tribunal y en muchos supuestos el beneficiarios es inexistente”.¹⁰

El aporte hecho por esta teoría es reconocer la autonomía jurídico económica de los bienes transferidos al fideicomiso, los cuales forman una unidad patrimonial separada del resto de los bienes del instituyente y del fiduciario.

d) Teoría del negocio fiduciario

Esta es una tesis del maestro mexicano Barrera Graf, quien afirma que “el fideicomiso, es un negocio fiduciario; primero porque ha sido acogido expresamente, de manera típica,

¹⁰ Rodríguez Azuero, Sergio. **Contratos bancarios su significación en América Latina**. Pág.629

por la legislación, y segundo porque a través de él se atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro, y a nombre propio”.¹¹

“De no aceptarse la explicación del negocio fiduciario tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocio “sui generis”, lo cual es decir nada; es la forma de adecuar una figura que se origina en un derecho diferente al mexicano y en el que un desdoblamiento de la propiedad, que desconcentraría la unicidad indispensable de la propiedad, no es posible. Al contrario –afirma- que el patrimonio afectado en el negocio fiduciario es precisamente eso: un patrimonio autónomo o de afectación”.¹²

Se ha dicho también, que no se trata de un negocio fiduciario puro, por cuanto no se basa exclusivamente en la confianza, sino que los derechos y obligaciones de las partes están reguladas legamente, con el fin de impedir abusos.

Esta teoría acepta la existencia de los dos elementos: real, de una parte, constituido por la transmisión de los bienes o derechos y personal, de la otra, constituido por las limitaciones obligatorias resultantes del acuerdo entre las partes.

Se busca desvincular los bienes fideicometidos del patrimonio del fiduciario, de manera que no se produzca contra ellos, los efectos que pudieren producirse en contra de su propio patrimonio del fiduciario.

¹¹ Barrera Graf, Jorge. **Los Negocios Fiduciarios. Revista de derecho y Ciencias Sociales, Tomo XXIV. Pág.440.**

¹² Dávalos Mejía, **Títulos y contratos de crédito quiebras. Pág.855**

“En definitiva, se trata de una transmisión de propiedad para la consecución de un fin determinado que explica por el que las facultades normales del propietario se subordinen los términos obligatorios previstos en el contrato, todo lo cual constituye una especie de negocio fiduciario impuro”.¹³

Otros autores afirman que la naturaleza del fideicomiso no es transmitir la propiedad o el dominio, sin llegar a cierto fin lícito mediante la dotación de bienes para la creación de otro patrimonio autónomo, que no es la propiedad de una persona específica (patrimonio/personalidad), sino un cúmulo de bienes sujeto a las reglas especiales a las cuales su dueño decidió someter y su ejecutor consintió el llevar a cabo.

2.1. Características del fideicomiso mercantil

Siguiendo el sistema de exposición, señalamos las características del fideicomiso, las cuales son:

- a) El propietario fiduciario es dueño bajo condición resolutoria, pero fallida esta se convierte en pleno propietario. Tal posibilidad esta proscrita en el derecho mercantil.
- b) El fideicomiso mercantil es naturalmente oneroso, esta característica deviene de la misma naturaleza, en donde se prescribe que el fiduciario tiene derechos a honorarios

¹³ Rodríguez Azuero. *Op. Cit.* Pág.836



en compensación por sus servicios, los que serán por cuenta del fideicomitente y preferencia frente a otros acreedores en resguardo de su derecho.

c) En el fideicomiso mercantil solo pueden actuar personas jurídicas como fiduciarios, incluidas por la ley dentro de las denominadas sociedades de servicios financieros y sometidos, por lo tanto, al control y a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos.

d) Es un negocio que puede presentarse como acto unilateral o como acto bilateral.

e) Es un negocio nominado legislativamente,

f) Es un negocio típico mercantil,

g) Es de tracto sucesivo porque la consumación del negocio se prolonga en el tiempo.

2.2. Sujetos

Dentro de la figura del fideicomiso se encuentra configurado por tres sujetos esenciales, que le dan vida jurídica a la relación jurídica siendo estos: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario como adelante se expondrá cada uno, detallándose las características y diferencias esenciales de cada uno.

A) Fideicomitente

El fideicomitente o fiduciante es la persona que, mediante testamento o contrato, constituye el fideicomiso, asumiendo el compromiso de dotarlo de los bienes que han de formar el patrimonio a transferir, siendo bienes con un fin específico.

La declaración de voluntad la puede hacer por sí o por medio de apoderado con facultades especiales para constituir fideicomiso. Como es un acto de disposición patrimonial, la ley exige que el fideicomitente tenga capacidad para enajenar.

El fideicomiso se perfecciona mediante un contrato en el que son partes el fiduciante o sus herederos o el albacea, según sea el caso y el fiduciario. La obligación de entregar los bienes que nacen del contrato.

Cualquier persona física con capacidad para enajenar salvo en el caso de los menores, incapaces y ausentes, sus representantes legales pueden constituir fideicomiso por sus representados, siempre que medie autorización. La capacidad de hecho del fiduciante para disponer de sus bienes debe ser apreciada según las reglas generales contenidas en el Código Civil, como así también le son aplicables las referidas incapacidades de derecho.

Sin embargo, el fideicomiso no debe utilizarse como salida a prohibiciones contenidas en normas superior, como tampoco para defraudar el patrimonio de los acreedores.



Como el deber jurídico del fiduciario respecto del fiduciante, durante la existencia del fideicomiso, consiste en obligaciones de hacer, circunstancia que las hace indivisibles en el caso de pluralidad de fiduciantes, cualquiera de ello estaría legitimado para exigir el cumplimiento.

El fiduciante puede ser simultáneamente beneficiario o fideicomisario. No podría, en cambio, ser fiduciario ni aun en concurrencia con otro fiduciario pues, además que tal supuesto configuraría un contrato consigo mismo, relación inadmisibles y por consiguiente inválida, se desnaturalizaría totalmente la institución.

Por la razón precedentemente expuesta, de confundirse las personas en el contrato o por sucesión el fideicomiso se extinguiría. Debe señalarse que, por esencia, el contrato es un acto jurídico producido por dos personas en que deben concurrir dos voluntades con intereses opuesto en el caso del fiduciante y el fiduciario. Por ello es que el auto contrato debe ser considerado como un acto inexistente.

Considerando lo anteriormente expuesto, el fiduciante tiene derechos, circunstancia que obliga a recurrir casi exclusivamente al contenido del acto constitutivo, documento que no necesariamente contemplará todas las contingencias de la ejecución del fideicomiso, ni será forzosamente claro y bien redactado.

Debe señalarse aquí la importancia de la legislación para aplicar a los vacíos que pudiera contener el acto constitutivo; pareciera en síntesis que el criterio legal fuese dejar librado



Las facultades que el fiduciante puede reservarse en el contrato son múltiples y sería tarea extensa e ineficaz el tratar de agotar cada una de estas facultades. Es por ello que ya fueron señaladas algunas de ellas de forma breve.

Se plantea entonces que los derechos convencionales del fiduciante no pueden invadir el campo de las decisiones privativas del fiduciario, más allá de lo que la ley autoriza. El fiduciario no está sujeto a órdenes ni instrucciones de nadie. No es dependiente ni mandatario del fiduciante ni del beneficiario ni éstos tienen señorío, por lo menos efectivo y actual, sobre los bienes del fideicomiso.

Aclarada la medida que los derechos contractuales del fiduciante, puede verse los que le concede la ley, según el Artículo 783:

“1. Ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que establece la ley o que contenga el documento constitutivo.

Ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido.

Otorgar mandatos especiales con representación y relación con el fideicomiso.

Percibir remuneración por sus servicios; cobrar preferentemente su remuneración de los ingresos del fideicomiso.

Los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso.”

Considerando lo anteriormente expuesto, así como tiene derechos también tiene obligaciones para con el beneficiario del fideicomiso, entre las cuales se pueden mencionar que la primera y fundamental obligación del fiduciante es entregar los bienes enunciados. El contrato también puede contener el compromiso de hacer nuevos aportes, sea en firme y en un tiempo determinado, sea como suplemento de garantía, en las circunstancias previstas en las cláusulas contractuales.

La obligación de entregar los bienes comprende la de colaborar en todos los actos necesarios para que ello tenga lugar en forma efectiva, poniendo los bienes a la vista o inscribiendo en el respectivo registro. A menos que se haya estipulado en sentido contrario el fiduciario responde de la evicción, conforme a las reglas contenidas en el Código Civil.

En atención a lo expuesto los bienes deben estar en el comercio y la naturaleza de la institución es que el patrimonio debe ser puesto para beneficio de alguien, descartando la posibilidad de aportes consistente en obligaciones de hacer o de no hacer.

Lo que no impide que sean posteriormente contraídas en contratos que puedan celebrar, una vez constituido el fideicomiso.

El cumplimiento de la obligación de dar, es decir la de aportar bienes debe ser exigido por el fiduciario, pero también puede hacerlo el beneficiario legitimado, siendo un legítimo derecho de satisfacción de la expectativa que tiene el beneficiario de obtener tal derecho.

B) Fiduciario

A quien se le confían los bienes fideicometidos y se le encarga darles el destino que se previó en el instrumento constitutivo, se le llama fiduciario. Únicamente los bancos o instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria, pueden desempeñarse como fiduciarios.

En el caso de los bancos, actuar como fiduciario significa una operación neutra que reporta beneficios en concepto de honorarios. El fiduciario nunca puede tener la calidad de fideicomisario en que intervenga como tal.

Cuando el fideicomiso se organiza mediante contrato, la figura del fiduciario aparece suscribiendo el contrato, según lo convenido en la policitud del negocio. Pero, cuando es por testamento, puede suceder que se omita quien va a tener esa calidad.

En este caso la ley establece que el juez competente, a propuesta del fideicomisario o por iniciativa judicial, si no recibiere respuesta, hará la designación correspondiente. Pueden también existir varias personas como fiduciarios, quienes actuarán conjunta o sucesivamente según lo previsto en el instrumento constitutivo. A mi juicio, lo que no pueden es actuar aisladamente.

Como el servicio del banco o de la Institución de crédito no es gratuito, el fiduciario tiene los siguiente derechos: ejercitar las facultades y efectuar las erogaciones necesarias para el cumplimiento del fideicomiso, con las limitaciones que le imponga la ley o el instrumento constitutivo; accionar en defensa de bienes fideicometidos, otorgar mandatos especiales, con representación, delegando su actuación como fiduciario; y, percibir la remuneración que le corresponda por el servicio que presta, la que podrá deducirse de los ingresos del fideicomiso y con preferencia sobre otros acreedores.

Como consecuencia de esos derechos se le atribuyen las siguientes obligaciones: ejecutar el fideicomiso de acuerdo a la voluntad de quien lo instituyó; desempeñarse con diligencia y no renunciar al cargo sino por causa grave calificada por Juez de Primera Instancia; tomar posesión de los bienes fideicometidos y velar por su conservación y seguridad; y, llevar control contable del fideicomiso, por separado de los demás negocios que se atienden, debiéndose rendir cuentas del mismo por lo menos una vez por año o cuando sea requerido por el fideicomitente o por el fideicomisario.

El fiduciario puede ser removido de su cargo si incumple las obligaciones antes detalladas. Asimismo, procede la remoción si surgen intereses antagónicos entre el fiduciario y el fideicomisario. La remoción del fiduciario no significa el fin del fideicomiso, a menos que resulte insustituible según las circunstancias estipuladas en el instrumento constitutivo.

C) Fideicomisario

La persona que resulta beneficiada con motivo de la ejecución del fideicomiso, se le denomina fideicomisario. La ley requiere que tenga capacidad para adquirir derechos y su designación puede aparecer en el instrumento constitutivo o por lo menos darse los parámetros que servirán para determinarlo.

El fideicomisario tiene los siguientes derechos: ejercitar los que le confiere la ley y el instrumento constitutivo; exigir el cumplimiento del fideicomiso; pedir la remoción del fiduciario por las causas anteriores expuestas; impugnar los actos realizados por el fiduciario con manifiesta mala fe o con infracción de las reglas del fideicomiso, exigiendo la restitución de los bienes que hubieren salido del patrimonio fideicometido como consecuencia de los actos impugnados; y, revisar por sí por medio de apoderado, los libros, cuentas y comprobantes sobre las operaciones del fideicomiso y mandar a practicar auditoría. Ahora bien, como puede suceder que el fideicomiso éste funcionando y no exista aún fideicomisario, mientras éste es designado, corresponde a la Procuraduría General de la Nación.

2.4. Diferencia entre figuras semejantes

En esta perspectiva las diferencias elementales del trust y del 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 como se expuso anteriormente intervienen tres sujetos de derecho: primero el fideicomitente, creador del fideicomiso; también el fiduciario quien es el encargado de ejecutar la voluntad del fideicomitente y por último el fideicomisario, beneficiario del fideicomiso.

Bajo esta perspectiva, puede determinarse cierta semejanza del fideicomiso con otras figuras jurídicas, porque se hace fundamental indicar brevemente las diferencias fundamentales de cada una de ellas.

A) 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 las personas 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 se vio 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 encargo, 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.

B) Mandato

Para el mandato, la enciclopedia jurídica señala: “es un contrato en virtud de cual una persona llamada mandante confiere a otra llamada 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 el 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 primero la transferencia de la propiedad de los bienes sujetos al acto jurídico; en el fideicomiso se transfiere la propiedad y en el mandato no y segundo en 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 de sus deberes; y por último la obligación frente a terceros: en el mandato el mandatario actúa en nombre y en 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.

C) Depósito

Con el objeto de aclarar previamente los conceptos de depósito en custodia y de depósito bancarios, dos figuras totalmente diferentes, para entrar a continuación al examen de la diferencia entre éstos con el fideicomiso.

El depósito en custodia, consiste en la recepción de bienes, por ejemplo, valores, objetos, etc., y son objeto de su custodia, guardándolos con la obligación de restituir los mismos bienes a solicitud del depositante, en condiciones iguales.

El depósito bancario de dinero, es en cambio el otorgar la propiedad del mismo al bando que lo recibe, pudiendo este 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; la falta de traslado de la 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 el fideicomiso y depósito bancario de dinero, la situación es más notables al encontrar el depósito bancario, el beneficio de intereses que por cierta clase de depósitos pagan los bancos que los reciben; no obstante ello, podemos presentar que son 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 el fideicomiso, de acuerdo con las legislaciones sobre el particular, ese plazo es limitado, como indicaremos en otro capítulo del presente trabajo.

D) 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.

Como diferencia clásica se señala que el deudor, aun 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 como acreedor, pero el fideicomisario sí soporta la pérdida o destrucción del bien fideicometido, se ésta ocurre sin culpa del fiduciario.

E) Contrato para transmitir bienes

Contrato para transmitir bienes, también llamado en nuestro medio promesa de venta, por el que una persona adquiere el derecho de adquirir un bien mediante la compraventa con la promesa que al celebrarse el contrato posteriormente se adquirirá el bien como una compraventa.

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.

El en fideicomiso, las calidades de fiduciario y beneficiario no pueden reunirse en la misma persona; en la promesa de venta el adquirente actúa en nombre propio y para su beneficio.

Además, por ese acto una persona puede adquirir la propiedad de un bien por tiempo indefinido, en cambio en el fideicomiso, la propiedad que adquiere el fiduciario es temporal.

F) El fideicomiso público

Los fideicomisos públicos son mecanismos jurídicos creados por la administración pública de Guatemala para cumplir con una finalidad lícita y determinada para alcanzar los fines constitucionales de bienestar individual, y también produciendo y fomentando el desarrollo económico y social a través del manejo de los recursos públicos administrados por una institución fiduciaria. Asimismo, mediante el contrato de fideicomiso se da seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común.

En la actualidad no se cuenta con una ley que regule el funcionamiento de un fideicomiso público, es por ello que los bancos y el gobierno utilizaron básicamente los mismos procedimientos para constituir un fideicomiso privado.

De esta forma, se sentó el precedente de firmar contratos de fideicomiso público con los bancos, y regular su funcionamiento en el contrato, tal como si el Estado fuera una persona privada.

Por otro lado, dado que la naturaleza del fideicomiso es que la propiedad de los bienes pasa del fideicomitente al patrimonio del fideicomiso, en los fideicomisos públicos, los bienes estatales que se aportaban a fideicomisos públicos se privatizaban, por lo que la Contraloría General de Cuentas, que es el órgano del Estado encargado de fiscalizar a las entidades estatales, ya no tiene facultades para controlar la forma en que se gastaba el dinero por medio de un fideicomiso público.

De esta manera son mecanismos más ágiles, que permiten procedimientos más rápidos y menos costosos. Su atractivo se encuentra es también en que la administración de recursos carece de la transparencia.

En el año de 1976, en Guatemala sólo se había usado esta institución jurídica para el manejo de recursos privados, pero debido al terremoto ocurrido el 4 de febrero de ese año le dio al Gobierno del General Kjell Laugerud García el motivo suficiente para poner en marcha el primer fideicomiso público del país. Su objetivo era hacer más eficiente el manejo de los recursos y atender de manera más rápida la emergencia.

Siendo el Código de Comercio la única normativa que los regula y su alcance se limita a aspectos relacionados con la figura legal, sin embargo, al no existir una normativa específica para los fideicomisos públicos, se da lugar a que cada dependencia del Estado pueda crea uno en cualquier banco como una vía para atender sus necesidades del momento.

A pesar de que la Ley de Contrataciones del Estado rige todas las adquisiciones de bienes y servicios para uso público, los fideicomisos tienen la libertad de crear sus propios reglamentos, lo que les da condiciones diferentes a las que se aplican en el resto del sector gubernamental.

La imposibilidad de la fiscalización de los fideicomisos públicos deriva a la complejidad de contar con un registro exacto de ellos y también que actualmente el Ministerio de Finanzas Públicas, la Contraloría General de Cuentas y la Superintendencia de Bancos



no comparten su información, por ello es necesario una normativa que admita el auxilio y colaboración interinstitucional.

2.5. El fideicomiso frente al concepto legal de propiedad

Dentro de este marco de ideas, se indica que una de las características esenciales del fideicomiso la constituye la transferencia del dominio sobre los bienes fideicometidos, que hace el fideicomitente a nombre del fiduciario.

Por ello se estima 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.

En vista de que inicialmente se debe indicar que es un derecho de propiedad, distinguiendo 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 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, aceptado el derecho de propiedad como conjunto de relaciones jurídicas, se presenta definido como “el derecho exclusivo de emplear una cosa para satisfacción de nuestras necesidades, respetando el derecho de los demás”.

2.6. Clases de fideicomisos

En la doctrina se plantean diversos criterios de clasificación del fideicomiso, por lo que, variando el criterio y las circunstancias económicas y sociales, así serán sus clases. En la presente investigación se describen las diversas clases más conocidas en Latinoamérica.

A) Fideicomiso de administración

Esta clase de fideicomiso, el propietario de bienes que por cualquier razón no quiera administrarlos personalmente, confiando en la seriedad, la experiencia y los conocimientos especializados que el fiduciario tiene sobre los negocios y sobre las actividades financieras y bursátiles, se los transfiere, para que este se encargue de su administración, que incluye cualquier forma de negociación rentable que sea permitida por el fideicomitente o convenida con este, con la limitación de disponer de la propiedad de los bienes fideicometidos sin el consentimiento expreso del fideicomitente. Bajo esta modalidad, el fiduciario, prácticamente ejerce las funciones de un administrador, en beneficio del fideicomisario, que como se ha indicado, puede ser el propio fideicomitente, o un tercero.

B) Fideicomiso de inversión

En esta clase de fideicomiso, la función del fiduciario no es la simple administración de bienes, sino que el fin perseguido por el mismo es obtener rendimientos a través de diversas formas de inversión.

Bajo esta modalidad, el fideicomitente transfiere al fiduciario entre otros bienes, fondos o sumas de dinero para que los invierta de conformidad con sus instrucciones; igualmente, puede hacer entrega de otra clase de bienes, con instrucciones de realizarlos o venderlos, y el producto de la venta, invertirlo en operaciones financieras rentables. De esta manera, el fiduciario ejerce funciones de inversionista, por cuenta del fideicomitente.

Caben todas las posibilidades de inversión, y puede dejarse a discreción del fiduciario, la elección de las mismas, pues se supone que éste, es un experto en la materia. De esa cuenta, el fideicomitente con menos conocimiento en instrumentos de inversión y con menos contactos con un mundo empresarial puede esperar mejores rendimientos sin interferir en las decisiones del fiduciario para conseguir el fin convenido por las partes.

El fiduciario debe promover la elaboración y aprobación de políticas de inversión, que impulsen una diversificación del riesgo (portafolio y cupos de inversión), en títulos de primer orden, y cuidando el pago de los impuestos que corresponda.

No obstante, lo expuesto, las entidades fiduciarias, conscientes de la responsabilidad que adquieren al recibir los bienes o fondos para su inversión, usualmente establecen

fideicomitente una política consensuada para la administración e inversión de los fondos en negocios o instrumentos determinados.

Para este caso, es importante la creación de un comité técnico, llamado también comité técnico, llamado también comité de inversión, que puede actuar como un ente consultivo, o en su caso como ente rector de las decisiones en cuanto a las clases de inversión que específicamente podrá realizar el fiduciario; sin que ello naturalmente, libere automáticamente la responsabilidad del fiduciario, que es quien juega el papel central en el fideicomiso.

Esta modalidad ha resultado muy beneficiosa para el caso de fondos de carácter colectivo, en donde, por ejemplo, los empleados de una empresa deciden poner en común cantidades dinerarias para tener simultáneamente además de un ahorro, un fondo para inversiones, que les genere rendimientos, para contingencias, o un posible retiro.

Esta clase de fideicomiso comentada, difiere del fideicomiso de inversión establecido en el Artículo 76 de la Ley del Mercado Valores y Mercancías de Guatemala, que permite que, en la práctica, los bancos y sociedades financieras, deleguen la función de fiduciarios, en un agente, el cual adquiere responsabilidad solidaria con el banco o sociedad financiera delegante. Esta delegación se da especialmente en caso que la inversión esté convenida para realizarse en valores que se encuentren en oferta pública. Una característica especial de este contrato de fideicomiso de inversión, cuando actúa un agente, es que, a diferencia de lo regulado en el Código de Comercio en forma

genérica para la constitución de fideicomisos, éste y sus modificaciones, puede constatar en el documento privado.

C) Fideicomiso de administración e inversión

Este fideicomiso es prácticamente una combinación de los dos anteriores, caracterizándose porque el fiduciario recibe facultades e instrucciones para administrar e invertir el patrimonio fideicometido, que en ocasiones puede consistir no únicamente en sumas de dinero, sino en otra clase de bienes, como inmuebles e importantes sumas en efectivo. En este caso, el fin del fideicomiso podría ser dar en arrendamiento los bienes inmuebles en las mejores condiciones de rentabilidad e invertir los fondos en efectivo, en la compra de acciones o títulos que generen importantes utilidades o dividendos.

D) Fideicomiso de garantía

Bajo esta modalidad de fideicomiso, el propietario de uso o más bienes (regularmente deudor de un crédito), los transfiere al fiduciario para respaldar el cumplimiento de una obligación principal a favor de un tercero (el acreedor del crédito), dándole facultades suficientes para que, en caso de incumplimiento de la obligación, proceda a su venta y destine el producto de dicha venta, al cumplimiento de la misma.

Se puede apreciar que, en este caso, se posibilita la utilización de una forma ágil y expedita para la venta de los bienes fideicometidos y para el pago del crédito a favor de acreedor.

Esta modalidad del fideicomiso, ha merecido algunos reparos por estimarse que se convierte en un mecanismo para que el acreedor se apodere del bien recibido en garantía; se coloca al fiduciario en trance de ejercitar funciones jurisdiccionales y, por último, se priva al deudor del ejercicio legítimo del derecho de defensa. Sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en México y Colombia, para citar dos ejemplos, se encuentran argumentos que, en términos generales, serían aplicables en otras latitudes, porque se ha hecho notar que no es una situación de controversia la que debe ser juzgada por el fiduciario, sino la simple circunstancia de hecho de que, en una cierta fecha, no se haya producido un pago.

No hay pues en la gestión que debe cumplir el fiduciario ningún campo para la calificación subjetiva sobre la conducta de las partes sino simple y llanamente, sobre la circunstancia de no haberse realizado el pago.

Además, no se trata de que el acreedor disponga por sí y ante sí del bien recibido en garantía, sino que tal bien ha sido transferido previamente por parte del deudor al fiduciario, en forma deliberada y consciente, encontrándole una determinada gestión que puede traducirse seguramente, en la venta del bien y en el pago al acreedor, pero incluso, al cumplimiento de otras finalidades, si la suma lo permite.

Sin entrar a discutir los argumentos anteriores, ni adoptar una posición precipitada sobre los mismo, debe considerarse, que, en buena medida, la eficacia del fideicomiso, depende de la eficiente formalización del contrato, en el cual si bien es cierto es importante la creatividad de las partes, y especialmente del profesional encargado de su



instrumentalización, más importante resulta, su encuadramiento dentro del marco legal vigente, tomando en cuenta, no sólo la doctrina y el derecho comparado, sino los requisitos formales y esenciales de validez, observando cuidadosamente el cumplimiento de los mismos, cuidando de no caer en omisiones o abusos, que puedan desembocar en actos en fraude de ley o nulidades independientemente de la validez, de los procedimientos de ejecución o de realización de los bienes.

Se coincide con el autor citado, que es preciso definir con claridad la forma de hacer futuros avalúos y la manera de sacar a la venta los bienes; la posibilidad de reducir progresivamente el precio de la oferta, en caso de que no aparezca comprador, y otros elementos que den claridad a la actuación del fiduciario y, sobre todo como el citado autor lo indica: “no le dejen espacio para calificaciones subjetivas que, de alguna manera, conduzcan a convertirlo en juez del comportamiento de las partes”.¹⁴

E) Fideicomiso público

Entidad de la administración pública creada para un fin lícito y determinado, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de ciertos recursos que son aportados por el gobierno central y administrados por una institución fiduciaria. Carla Beatriz Ramírez Cabrera en su trabajo de tesis de graduación, afirma: “En la doctrina se conoce el fideicomiso público como un contrato por medio del cual la administración pública, por intermedio de alguna de sus dependencias, como fideicomitente, transfiere

¹⁴ Dávalos Mejía. **Op. Cit.** Pág. 894



la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario, para realizar un fin lícito y determinado, de interés público.”¹⁵

La citada profesional guatemalteca, es su interesante trabajo de tesis, define el fideicomiso público como “un contrato de tipo administrativo, por medio del cual las entidades públicas transmiten bienes o fondos a un banco o institución de crédito debidamente autorizada para actuar como fiduciario, con la finalidad de administrarlos para cumplir fines lícitos y determinados de interés colectivo”.¹⁶

Estos fideicomisos también son conocidos como fideicomisos de gobierno y como su nombre lo indica, son constituidos por el Estado, o sus entidades autónomas o descentralizadas, con fondos propios y pueden tener diferentes fines como, por ejemplo: la realización de una obra específica de gran envergadura en la cual se requiere buen control y administración.

En Guatemala, la constitución de un fideicomiso público es precedida por una ley emitida por el Congreso de la República de Guatemala, o un Acuerdo Gubernativo, emitido por el Presidente de la República, por conducto de alguno de los Ministerios del Estado, el cual deberá publicarse en el diario oficial. Es una figura que también ha sido utilizada por entidades autónomas y descentralizadas, como el Instituto Guatemalteco de Seguridad

¹⁵ Ramírez Cabrera, Carla Beatriz. **La necesidad de mejorar el marco regulatorio de los fideicomisos públicos en función de la transparencia.** Pág. 45

¹⁶ *Ibid.* Pág. 68



Social y Municipalidades del País, a través de sus correspondientes órganos administrativos.

Entre las normas vigentes en Guatemala, aplicables a esta clase de fideicomisos, encontramos las siguientes:

Decreto número 101-97 ley Orgánica del Presupuesto del Congreso de la República, reformada por el Decreto número 13-2013 y 9-2014 de Congreso de la República, establece en el Artículo 33, que los recursos financieros que el Estado asigne con obligación de reembolso a sus entidades descentralizadas y autónomas para que los inviertan en la realización de proyectos específicos de beneficio social y que produzca renta que retorne el capital invertido, podrán darse en fideicomiso. Asimismo, el Fondos Social podrán ejecutar sus proyectos bajo dicha figura. Los fideicomisos se constituirán en cualquier Banco del sistema nacional.

En cuando a las modalidades de ejecución, el Artículo 33 Bis de dicha Ley, establece que los Ministerio, Secretarias, Fondos Sociales, Fideicomisos, Entidades Descentralizadas y Empresas Públicas, solamente podrán ejecutar sus gastos de funcionamiento y proyectos mediante administración directa o por contrato de acuerdo al Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de Guatemala y de conformidad a la normativa para el sector público de Guatemala, indistintamente que sean gastos de funcionamiento o de inversión.



Por ningún motivo podrán suscribirse convenios con administradores de fondos financieros para la ejecución a través de Organizaciones No Gubernamentales, Organismo Internacionales o Asociaciones.

El Artículo 59 del mismo cuerpo legal, establece que las instituciones que actúe como fiduciarios en los fideicomisos que constituyan las entidades del Estado, rendirán informes mensualmente al Ministerio de Finanzas Públicas.

Para el efecto, el Artículo 88 del Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto, Acuerdo Gubernativo No. 540-2013 del Ministerio de Finanzas Públicas, establece que las autoridades superiores de las entidades de la Administración Central, Descentralizada y Autónomas, conjuntamente con los encargados de la Unidades Ejecutoras son responsables de brindar informes al Ministerio de Finanzas Públicas de conformidad con el contenido, periodicidad y en los formatos que establezca la normativa específica vigente y el Manual para la Administración de Fondos en Fideicomiso. Asimismo, deberán gestionar ante los fiduciarios la obtención de la información que sea requerida por los órganos gubernamentales de fiscalización y control.

Los fiduciarios deberán presentar oportunamente la información y documentación de respaldo que se les requiera para dar cumplimiento a los informes y reportes que establece la Ley, así como proporcionar información a los órganos gubernamentales de fiscalización, control, archivo y custodia de la documentación de respaldo de las operaciones financieras y contables que realicen. Estas obligaciones deben incluirse en los contratos de fideicomiso que suscriban las entidades a que se refiere el Artículo dos

de la ley a partir de la vigencia del presente Reglamento. El Reglamento entro en vigencia el 3 de enero del año 2014, fecha de su publicación en el Diario de Centroamérica.

El Decreto número 114-97 del congreso de la República Ley del Organismo Ejecutivo, establece en el Artículo tres, que el Organismo Ejecutivo podrá delegar funciones de gestión administrativa y de ejecución, lo cual se establecerá por acuerdo gubernativo que deberá publicarse en el Diario Oficial.

En el Artículo 52 del Acuerdo Gubernativo 394-2008, de fecha 23 de diciembre de 2008, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas) define la Dirección de Fideicomisos, con la dependencia del Ministerio de Finanzas Públicas, designada como órgano rector en materia de fideicomisos, por lo que le corresponde gestionar la constitución, operación, extinción y liquidación de los fideicomisos establecidos con recursos del Estado; así como fondos y otros instrumentos financieros para la ejecución de los programas del Gobierno Central, regulando, registrando y controlando su operación.

El Artículo 53 del mismo acuerdo, establece que son atribuciones de la Dirección de fideicomiso, entre otras, las siguientes:

1. Coordinar con otras direcciones del Ministerio de Finanzas Públicas, la formulación de propuestas de políticas, normas y procedimientos aplicables en la constitución, operación, extinción y liquidación de fideicomisos establecidos con recursos del Estado que se implementen para la ejecución de programas y proyectos;

2. Reglamentar y controlar el registro de la información contractual, física y financiera proporcionada por las unidades ejecutoras y/o fiduciarios de los fideicomisos;
3. Elaborar y gestionar, cuando corresponda, los proyectos de contratos, mandatos especiales con representación, acuerdos gubernativos y ministeriales, entre otros, para la constitución, operación extinción y liquidación de los fideicomisos en las instituciones financieras y bancarias del sistema nacional;
4. Solicitar auditorias específicas de los fideicomisos a la Contraloría General de Cuentas, así como los informes respectivos;
5. Solicitar a los fiduciarios y unidades ejecutoras cualquier información relacionada con la ejecución física y financiera de los fideicomisos;
6. Elaborar informes semestrales y anuales sobre los fideicomisos, y cuando proceda proponer las recomendaciones pertinentes;
7. Diseñar o instalar un Sistema de Seguimiento relacionado con la ejecución de los fideicomisos, que permita proporcionar criterios objetivos para la toma de decisiones; sobre la continuidad y/o expansión de operaciones, extinción o liquidación de los mismos;



8. Mantener un registro actualizado de la documentación legal, administrativa y de avance físico y financiero de los fideicomisos, con base en la información proporcionada por las Unidades ejecutoras y/o fiduciarios de los mismos;
9. Participar, en coordinación con las direcciones y unidades del Ministerio de Finanzas Públicas, en la emisión de opiniones y/o dictámenes de los fideicomisos; y,
10. Desarrollar otras funciones que le asigne la ley y el Despacho Ministerial en materia de fideicomisos.”

Esta dependencia es la designada como órgano rector en materia de fideicomisos, responsable de gestionar la constitución, operación, extinción y liquidación de los fideicomisos establecidos con los recursos del Estado para la ejecución de los programas del gobierno central, regulando y registrando su operación. Entre sus funciones están la de normar, registrar y gestionar la operación de los fideicomisos del Estado, competencia de la dirección de fideicomisos, con tecnología de punta para disponer de información oportuna y veraz de la información sobre el avance físico y financiero de programas y proyectos ejecutados a través de dichos mecanismos; emitiendo disposiciones que coadyuven a su mejor operatividad, así como la generación de informes para la toma de decisiones sobre la continuidad y/o expansión de operaciones, extinción o liquidación de los mismos.



F) Fideicomiso de desarrollo

Este se caracteriza por la presencia de entidades internacionales o estatales de crédito y por la aplicación de sus recursos a finalidades de interés social o comunitario, relacionadas con programas puestos en marcha en países en desarrollo. Pueden funcionar con aportes estatales o con fondos mixtos, que incluyen los provenientes de entidades internacionales o del sector privado.

En Guatemala, se han utilizado con el fin de solucionar problemas habitacionales ante el déficit de vivienda y como apoyo al sector agrícola cuándo éste ha sido afectado por plagas o por otros fenómenos naturales.

G) Fideicomiso inmobiliario

Este se caracteriza por ser utilizado para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, en los cuales se necesita realizar una complejidad de operaciones para su ejecución, y en los cuales participan varios interesados como, por ejemplo, constructores, financistas, municipalidades, propietarios, entidades de recaudación fiscal.

La participación responsable y la experiencia del fiduciario, permiten asegurar los intereses de todos los participantes y les permite emprender actividades que sin la presencia de esta figura difícilmente emprenderían.

En Guatemala se utiliza con mucha frecuencia, para desarrollar proyectos de construcción de edificios en propiedad horizontal, en construcción de centros comerciales y condominios.

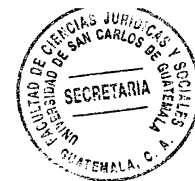
H) Fideicomiso testamentario

En esta clase de fideicomiso, el fideicomitente es el testador, quien, en el otorgamiento de su última voluntad, designa al fiduciario, a quien después de su muerte se trasladarán total o parcialmente los bienes objetos de la sucesión, estableciendo los fines del fideicomiso y designado el o los fideicomisarios, que se beneficiarán de la administración de los bienes, a quienes podrán pasar posteriormente dependiendo de la voluntad del causante.

Una desventaja que presente esta clase de fideicomiso, es que, si en determinado momento el testador desea modificar o ampliar el fideicomiso, tendrá que otorgar un nuevo testamento. De igual manera se presenta el inconveniente sobre cierta incertidumbre por parte del testador, en cuanto a la disponibilidad del fiduciario designado, para aceptar y ejecutar el fideicomiso.

I) Fideicomiso judicial

A diferencia de los fideicomisos anteriores, donde todas las partes constituyen directa y voluntariamente el Fideicomiso y conocen de antemano con toda certeza su objeto y su



fin, el Fideicomiso Judicial, es constituido por un Juez, en aquellos casos que su juicio considere conveniente, o le sea solicitado por una o más partes del proceso.

En la legislación de Guatemala, esta clase de fideicomiso no está desarrollado con amplitud; sin embargo, el Artículo 771 del Código de Comercio, establece que los jueces de primera instancia del ramo civil, podrán constituirlo a solicitud de parte y con opinión favorable de la Procuraduría general de la Nación, en los casos en que por ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes; indicando además, que el fiduciario nombrado judicialmente sólo será administrador de los bienes.

J) Fideicomiso de seguros

Este fideicomiso se presenta, cuando el asegurado, designa como beneficiario de un seguro, a una entidad bancaria o financiera, con la cual celebra un contrato de fideicomiso, para que esta se encargue de administrar las sumas provenientes del seguro. El fin de esta clase de Fideicomiso, es que los fondos provenientes del seguro, sean bien administrados y cumplan su finalidad.

El asegurado y el fiduciario, establecen el fin del fideicomiso, su plazo; la identidad de los fideicomisarios o beneficiarios; y todas las estipulaciones a que estará sujeto el contrato. Para el caso de un seguro de vida, es importante en aquellos casos que los beneficiarios del seguro, no tienen habilidades para administrar bienes.

2.7. Objeto del fideicomiso

Comenzaré por explicar que el objeto del fideicomiso es la administración de los bienes fideicometidos, 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 de estar en el comercio; y
- c) Debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie.

Es por ello, que se acepta que no serán objeto de fideicomiso los bienes que no pueden ser poseídos por algún individuo exclusivamente, o sea lo que la ley declara que no pueden ser parte de una propiedad particular y los que conforme la ley sea estricta.

En efecto el propósito que establecer un fideicomiso es beneficiar al fideicomisario a través de un fin lícito, resulta claro entonces que si el fideicomiso fuera con el propósito ilícito este sería nulo.

2.8. Patrimonio fideicometido

Está establecido en el Código de Comercio de Guatemala en el Decreto 2-70 del Congreso de la República los bienes que es el conjunto de bienes y derechos transmitidos al fiduciario que son afectos a fines u objetivos determinados y solamente responderá:

Por las obligaciones que se refieren a fin de fideicomiso

Del derecho que se haya reservado al fideicomitente.

De los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso.

De los derechos adquiridos legamente por terceros, inclusive fiscales, laborales y de cualquier otra índole.

De los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso.

El patrimonio fideicometido son los bienes y derechos que integran el fideicomiso, constituyen un patrimonio autónomo e independiente, separado de los bienes personales del o de los fideicomitentes, del o de los fiduciarios y, del o de los fideicomisarios, así como de otros fideicomisos que mantenga el fiduciario.



2.9. Extinción del fideicomiso

Las causas de extinción del fideicomiso están señaladas en el Código de Comercio en el Artículo 787, las cuales son:

Por la realización del fin para el que fue constituido

Por hacerse imposible su realización

Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto, es decir que el cumplimiento determina el final de la eficacia o extinción del contrato y obligación.

Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho en el documento constitutivo

Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo.

Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social.

Por sentencia judicial.



Por ejemplo, pueden ser causales previstas en el contrato: insuficiencia patrimonial, imposibilidad de alcanzar los fines para los que fue constituido (imposibilidad material o jurídica), consecución del fin para el que fue constituido, falta de fiduciario o de beneficiario, etc. Por otro lado, también se extinguirá el fideicomiso por la extinción total de los bienes fideicometidos, debido a que el contrato quedará sin objeto. La muerte del fiduciante no extingue el Fideicomiso, puesto que éste se ha constituido en beneficio de terceros; tampoco la del fiduciario, si es que se ha previsto su reemplazado por el sustituto.

A) Efectos de la extinción

Extinguido el fideicomiso, cesa la especialidad del patrimonio fideicometido y los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario, los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario, deberán ser entregados a quien corresponda, según las disposiciones del documento constitutivo o sentencia judicial en su caso; y en su defecto, al fideicomitente o sus herederos, en los casos señalados conforme a la ley.



CAPÍTULO III

3. La Procuraduría General de la Nación

Según establece el Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual establece que “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo”.

El Estado de Guatemala se divide en organismos, instituciones descentralizadas y órganos de control; dentro de los organismos de estado están el Ejecutivo, Legislativo y Judicial; de las instituciones descentralizadas tenemos el Banco de Guatemala, Municipalidades de la República de Guatemala, la Universidad de San Carlos de Guatemala, y en los órganos de control ubicamos al Ministerio Público, Tribunal Supremo Electoral, Contraloría General de Cuentas, Procuraduría de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la Nación.

Por consiguiente, en la organización del Estado de Guatemala, la Procuraduría General de la Nación es un órgano de control, es decir un ente o institución encargada de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico, fiscalizando la labor de las demás instituciones y ejerciendo las acciones que estime pertinentes, pero siempre en representación del Estado; asimismo, ejerce funciones de asesoría y consultoría.



Dentro del marco legal de este órgano de control se encuentra contenido en el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual establece: “La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica. El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el jefe de la Procuraduría General de la Nación. Será nombrado por el Presidente de la República, quien podrá también removerlo por causa justificada debidamente establecida. Para ser Procurador General de la Nación se necesita ser abogado colegiado y tener las mismas calidades correspondientes a magistrado de la Corte Suprema de Justicia. El Procurador General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia”.

3.1. Antecedentes

Precedentemente de la vigencia de la actual Constitución Política de la República de Guatemala, el desempeño de la Procuraduría General de la Nación y del Ministerio Público, recaían en una sola persona, por lo tanto, la historia de ambas instituciones se encuentra ampliamente relacionada.

El Ministerio Público es una institución que se origina a finales de la edad media en varios países europeos, no obstante que se ha considerado de origen francés, porque fue en Francia donde adquirió mayor desarrollo.

“Surgió como una necesidad del poder real para defender los intereses del fisco, de donde deriva el nombre de Ministerio Fiscal, pero también como una necesidad para llenar el vacío que se producía cuando, por falta de interés, no había acusador particular para la persecución de los delitos. De ahí su doble naturaleza, como entidad encargada de defender los intereses fiscales y como entidad promotora de la justicia penal.”¹⁷

Dentro de este orden de ideas: “No se conoce con exactitud el origen de esta institución, aunque pueden señalarse antecedentes más o menos remotos.”¹⁸ Esto es debido a que se confundían las instituciones con otras ya conocidas, debido a que no sé se tenía definida su estructura .

“Algunos ven su origen en el imperio romano, en los “curiosi”, que eran inspectores imperiales pero que no tenían función judicial, o en los “procuradores cesaris”, que eran los encargados de vigilar la administración de los bienes del soberano; o en los obispos a quienes el emperador Justiniano en el siglo IV les confirió misión judicial”.¹⁹

Otros el atribuyen distinto origen, según el que los Sajones de los Visigodos, quienes eran más bien ejecutores de la justicia; de los Miggi Dominici de Carlos Magno, de los procuradores baronales del feudalismo, o los avogatory de la república véneta.

¹⁷ Herrarte González, Alberto. **El proceso penal guatemalteco**. Pág. 91

¹⁸ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil tomo I**. Pág. 52

¹⁹ Alsina, Hugo. **Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial**. Pág. 110



Sin embargo, de acuerdo con la opinión de Alsina, la tesis más generalizada es que su origen está en los funcionarios que los señores franceses destacaban para la percepción de las regalías, que luego se transformaron en procuradores del Rey y a quienes más tarde se les confirió la facultad de defender los intereses del estado y la sociedad. Se legisló en Francia por primera vez en la ordenanza del 23 de mayo de 1502.

En Guatemala, en el Decreto número 7, Artículo 11, inciso e) de fecha 11 de marzo de 1921, emitido por la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala, reformó el Artículo 52 de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala, emitido en el año de 1879, el cual indicaba las funciones y atribuciones que se asignaban al cargo que por esta disposición legal se creaba, que era el Procurador General de la Nación. Con fecha 31 de mayo de 1929, se emite el Decreto número 1618, por medio del cual se crea la Ley del Ministerio Público.

El 9 de noviembre de 1931 por acuerdo sin número del presidente de la República, Jorge Ubico Castañeda, se organiza al Ministerio Público, integrado por un Procurador General de la Nación y un Agente Auxiliar, quedando a los Síndicos Municipales, ejercer el cargo de representantes de la institución en las cabeceras departamentales.

El Decreto Gubernativo 1187 del 23 de octubre de 1931, dispuso que el Procurador General y los Agentes Auxiliares del Ministerio Público, actuaran en representación de los intereses del fisco y lo hicieron bajo la dependencia y control directo e inmediato de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (hoy Ministerio de Finanzas Públicas), por Decreto número 106-71 del Congreso de la República de Guatemala.



En la Constitución Política de la República de Guatemala en el año de 1945, se ordenó que una ley especial organizaría al Ministerio Público y facultó al Congreso de la República a elegir al jefe del Ministerio Público y Procurador General de la Nación. En el año de 1948 se decreta la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto número 512 del Congreso de la República.

En la Constitución Política de la República de Guatemala de 1956, se establece nuevamente que una ley especial organizará al Ministerio Público, la cual regulará las funciones y atribuciones de dicha institución, pero no dice nada respecto a la elección de los principales funcionarios.

En la Constitución Política de la República de Guatemala del año de 1965 se establece que las funciones del Ministerio Público serán ejercidas por el Procurador General de la Nación. El Procurador General será nombrado por el Presidente de la República escogiéndolo de una terna que le proponga el Consejo de Estado.

La Constitución Política de la República de Guatemala del año de 1985, separó las funciones del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la Nación, la acción penal se le confirió exclusivamente al Ministerio Público; y la representación del Estado, la función de asesoría y consultoría a los órganos y entidades estatales a la Procuraduría General de la Nación, establece que el jefe del Ministerio Público es el Fiscal General quien será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuestos por una comisión de postulación, el jefe de la Procuraduría General de la



Nación, establece que es el Procurador General de la Nación y será nombrado por el Presidente de la República.

Ambas instituciones se deben regir por sus propias leyes orgánicas específicas. A la fecha se ha decretado la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, el cual derogó al Decreto 512 del Congreso de la República, anterior Ley Orgánica del Ministerio Público, en lo concerniente a la sección de fiscalía; dejando vigentes las demás disposiciones de dicho decreto, las cuales aplica la Procuraduría General de la Nación, en virtud de que el Congreso de la República aún no ha decretado su Ley Orgánica.

3.2. Definiciones

Para establecer la definición doctrinaria de la Procuraduría General de la Nación, debe tomarse en cuenta que el mismo tiene sus antecedentes remotos en el derecho romano con los Procuradores Cesaris, que eran los encargados de vigilar e inspeccionar en la administración de los bienes del soberano, tomando en consideración que en un principio esta institución se encontraba unida al Ministerio Público, es así que a los funcionarios que trabajaban para esta institución se les llamaba Procurador o Personero, quien era la persona encargada de verificar, inspeccionar y gestionar asuntos con funciones de representación ante los Tribunales de Justicia. Doctrinariamente es definida como la institución jurídica encargada por velar por los intereses nacionales y abogar por el estado de Guatemala.



La Procuraduría se encarga de las funciones de asesoría y consultoría de las organizaciones públicas. No abarca organizaciones autónomas y descentralizadas. Ambas funciones consisten en dar consejos, ideas y lineamientos oportunos y directos, integrar comisiones de trabajos técnicos y jurídicos, y dar toda clase de asistencia, previo requerimiento. Su labor se concentra en revisar dictámenes técnicos y jurídicos, dándoles el visto bueno.

La Procuraduría no ejercer funciones exclusivamente jurídicas, también comprende funciones técnicas. Al emitir el visto bueno, equivale a emitir un dictamen probatorio, por lo tanto, es necesario para la aprobación de proyectos legales, estudios jurídicos y decisiones administrativas de trascendencia, como parte de su función consultora.

Según se establece en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 le da existencia jurídica a la Procuraduría General de la Nación, pero no la define como Institución autónoma del Estado, en el Artículos 252 primer párrafo establece: “La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su Ley Orgánica. El Procurador General de la Nación ejerce la representación del Estado y es el Jefe de la Procuraduría general de la Nación. Será nombrado por el Presidente de la República, quien podrá también removerlo por causa justificada debidamente establecida. Para ser Procurador General de la Nación se necesita ser abogado colegiado y tener las mismas calidades correspondientes a magistrado de la Corte Suprema de Justicia. El Procurador General de la Nación durará cuatro años en el



ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.”

Se considera la siguiente definición de la institución: “La Procuraduría General de la Nación es la institución Constitucional que tiene la representación del estado de Guatemala y las funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Actúa independientemente, sin subordinación a ninguna autoridad. Sus actos se rigen por los criterios de legalidad, imparcialidad, objetividad y fidelidad a los fines del Estado”.²⁰

Los objetivos principales de la Procuraduría General de la Nación son:

- a) Ejercer la personería de la nación; y,**
- b) Desarrollar las funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales.**

La autoridad superior de la Procuraduría General de la Nación es el Procurador General de la Nación quien es la más alta jerarquía. En la legislación actual, el Procurador General de la Nación, no se le atribuyen funciones de fiscalía o de persecución penal, la cual corresponde al Ministerio Público, cuyo Jefe es el fiscal General de la Nación; por lo que según el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el

²⁰ Jiatz Chali, José Israel. **Efectos jurídicos de la derogatoria parcial del decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala.** Pág. 37



Procurador General de la Nación como Representante Legal del Estado, la preocupación fundamental de su mandato es que todos los actos estatales obedezcan a la razón de ser del Estado. Cuya función es la asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales.

La protección de la persona, de la familia y la búsqueda del bien común. Velar porque todos los actos del Estado, entendido como el pueblo organizado políticamente, se fundamenten y estén regidos por la ley. Está facultado, en su calidad de asesor de todos los órganos del Estado, para señalar los caminos correctos y apegados a la ley para las acciones estatales.

3.3. Estructura orgánica

La Procuraduría General de la Nación, está organizada en varias procuradurías y secciones para cumplir de mejor manera las funciones que le asigna la Constitución Política de la República de Guatemala, y su Ley Orgánica, establecidas de la siguiente forma:

1. Sección de Procuraduría
2. Sección de Consultoría
3. Sección de Asesoría
4. Abogacía del Estado
5. Sección del Medio Ambiente
6. Sección Laboral

7. Sección de lo Contencioso Administrativo
8. Procuraduría de Menores
9. Unidad de la Mujer
10. Sección de Ancianidad

A) Sección de procuraduría

Esta sección es la encargada de ejercer la representación y defensa de ausentes, menores e incapaces; suplir al Procurador General y desempeñar todas las funciones de éste en los casos de ausencia temporal, recabar de cualquier tribunal, oficina o funcionario público, los informes, documentos y certificaciones que sean necesarios, cooperar con el Procurador General en el estudio de los asuntos y preparar los materiales, exposiciones, demandas o alegatos que aquel le encomiende.

B) Sección de asesoría

Para el efecto siendo el Procurador General de la Nación la persona constitucionalmente apta para el ejercicio de esta función necesita que la misma se encuentre debidamente regulada por su ley orgánica, de esta cuenta al no existir una ley orgánica propia que contenga la función específica que señala la Constitución Política de la República de Guatemala, todas las actuaciones que realiza tanto el Procurador General de la Nación y sus delegados debidamente acreditados en un momento determinado corren el riesgo de ser impugnados, aunque en su defensa pueda argumentarse que existen bases legales que amparan las mismas, considero que si bien el Decreto 512 del Congreso de



la República de Guatemala, Ley Orgánica del Ministerio Público, reformado por el Decreto 40-94 y 25-97 ambos del Congreso de la República, Ley que regula las funciones y actuaciones de la Procuraduría General de la Nación, también debe tomarse en cuenta no sólo esto, sino también que es disfuncional, dado que no responde a la actual organización administrativa de la institución.

Así mismo la Procuraduría General de la Nación ha ampliado su campo de actuación acorde a las necesidades sociales del estado y sus habitantes, por consiguiente continuar regulando a esta institución con una ley que constituye una rémora a la proyección de toda representación de los intereses del Estado, es un descuido imperdonable por parte del Congreso de la República, qué ha venido retrasando la atención que merecen los ante proyectos de ley presentados para el efecto, imperando intereses políticos que solamente han logrado perjudicar la inminencia que conlleva entrar a conocerlo con fines puramente legislativos una ley por demás de urgencia nacional, tomándose en cuenta que la defensa de los intereses del Estado son de primordial urgencia para la consecución del bien común como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

De conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, basta con leer el Artículo 252 para saber cuáles son las funciones y atribuciones de la Procuraduría General de la Nación; esta tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales.

La norma constitucional citada une ambas funciones, ahora bien desglosémoslas para su mayor comprensión, así tenemos la definición de la palabra asesoría es definida en

sentido general, "el letrado que por razón de oficio aconseja o ilustra con su dictamen a un juez; análoga función de los abogados con relación a sus clientes, para orientarlos en cuanto a sus derechos y obligaciones y acerca de la conducción judicial o extrajudicial de asuntos contenciosos o no, en la esfera jurídica."²¹

Para la función de asesoría de la Procuraduría General de la Nación no puede desligarse de la función de Consultoría ambas, debido a que ambas se complementan, y lo podemos observar en uno de los anteproyectos de ley que toma en cuenta al establecerse que la Dirección General de Consultoría y Asesoría tiene como función el resolver las consultas de los organismos del Estado y de sus entidades descentralizadas o autónomas en todos aquellos asuntos en que sea requerida, asesorará por iniciativa propia o instada a hacerlos a los distintos órganos del Estado.

C) Sección de consultoría

Esta sección brinda asesoría a los ministerios de Estado y dependencias del organismo ejecutivo en todos aquellos asuntos en que, sin tener intervención obligatoria, se mande pedir a la institución. Ejercen la consultoría el Procurador General, el Jefe de Sección, los Abogados Consultores adscritos a los ministerios, dependencias del ejecutivo y cualesquiera otros Abogados que llame el Procurador General para emitir dictámenes.

²¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 68

3.4. Regulación legal

Tal como se ha expresado, la base constitucional y legal de la Procuraduría General de la Nación, es el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, dicha disposición literalmente establece: Procuraduría General de la Nación. La Procuraduría General de la Nación tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

El Procurador General de la Nación ejerce la Representación del Estado y es el Jefe de la Procuraduría General de la Nación. Será nombrado por el Presidente de la República, quién podrá también removerlo por causa justificada debidamente establecida.

Para ser Procurador General de la Nación se necesita ser abogado colegiado y tener las mismas calidades correspondientes a magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

El Procurador General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución Política de la República de Guatemala, al dividir al Ministerio Público y a la Procuraduría General de la Nación en dos instituciones distintas, ordenó que ambos entes digieran su funcionamiento y organización en la aplicación de sus propias leyes orgánicas; a la fecha solamente se ha decretado la Ley Orgánica del Ministerio Público,

Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, y no así la de la Procuraduría General de la Nación.

De lo que se infiere que la Procuraduría General de la Nación no se encuentra aun debidamente organizada por una Ley Orgánica que tendría que ser actualizada y moderna. Ya sabemos que, en el Congreso de la República, a la fecha, solamente se ha presentado un Proyecto de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Nación, el cual no ha sido sometido al conocimiento del pleno del Congreso de la República para su aprobación respectiva.

3.5 La capacidad

La capacidad es la aptitud que tiene una persona, derivada de la personalidad para ser sujeto de derechos y obligaciones.

En el Artículo 8 del Código Civil, se regula lo relativo a la capacidad de las personas para el ejercicio de sus derechos civiles, así como el estado de la capacidad relativa de los menores de edad para determinados actos de su vida.

3.6 La incapacidad

Es la falta de aptitud que tiene una persona para ejercer sus derechos y obligaciones. Así mismo en el Artículo 9 del Código Civil se estipula lo relativo a la Incapacidad de los



mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento y que las mismas condiciones de su salud, pueden provocar que sean declarados en estado de interdicción; y las mismas consecuencias jurídicas pueden sujetar a las personas que abusan del consumo de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, que pongan en riesgo a su persona, sus bienes, a sus familias o a bienes comunes con sus familias (estado de copropiedad), y a bienes de terceras personas vinculadas económicamente a ellos (en caso de alguna sociedad). La palabra incapacidad, se deriva de la capacidad, y significa que no existe capacidad en el sujeto activo, para poder desenvolverse por sí mismo en los actos civiles.

3.7 La interdicción

La interdicción es la situación en que se encuentran las personas que han sido incapacitadas para la realización de todos o algunos de los actos de la vida civil. la interdicción, no es por falta de discernimiento sino por la inferioridad en que se encuentran para comunicar sus decisiones y externar su voluntad de manera indubitable. En tal caso la interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos. Así mismo en el Artículo 12 del Código Civil, se estipula que puede solicitarla indistintamente la Procuraduría General de la nación, los parientes del incapacitado o las personas que tengan contra él alguna acción que deducir y termina cuando cesa la causal que la motivó y así lo declare la autoridad judicial a instancia de quienes tienen derecho a pedirla o del mismo declarado incapaz.

3.8 La legislación en el procedimiento de declaratoria de interdicción y la necesidad de su abordaje jurídico para la disposición de bienes

El trámite de la declaratoria de incapacidad conforme el Código Procesal Civil y Mercantil, cuando no existe oposición:

a) **Solicitud**

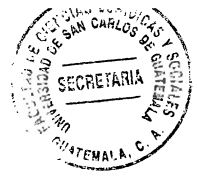
b) El Artículo 407 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: "La solicitud respectiva pueden hacerla las personas que tengan interés o la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo que indica el Decreto 512 del Congreso de la República. A la solicitud se acompañarán los documentos que contribuyan a justificarla y se ofrecerán las declaraciones pertinentes. El juez hará comparecer, si fuere posible, a la persona cuya incapacitación se solicite o se trasladará a donde ella se encuentre, para examinarla por sí mismo. También ordenará que se practique un examen médico por expertos nombrados por el juez y otro por el solicitante y, si hubiere desacuerdo, se recurrirá a un órgano consultivo o se nombrará un tercero. Si el tribunal encontrare motivos bastantes, nombrará al presunto incapaz un tutor específico que le defienda. Si lo creyere oportuno, dictará medidas de seguridad de los bienes y nombrará un interventor provisional que los reciba por inventario. Cuando se haya comprobado el estado que motivó la solicitud, el juez dictará las disposiciones necesarias para el cuidado y la seguridad del enfermo. En todo caso, las disposiciones, mencionadas en este artículo se practicarán dentro del término de ocho días.



Declarar, significa hacer ver, demostrar, indicar, en este caso, es una atribución del juez y como lo indica el Artículo 409 del Código Procesal Civil y Mercantil “El juez previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación, que en todo caso será parte, resolverá si hay o no lugar a la declaración solicitud. Si la resolviere con lugar, designará a quien deba encargarse de la persona del incapaz y de sus bienes, conforme el Código Civil, cesando toda administración provisional, desde que se dé cumplimiento a lo resuelto. La declaratoria se publicará en el Diario Oficial y se anotará de oficio en los registros civil y de la propiedad”.

En la legislación guatemalteca, el proceso para la disposición de bienes de personas en estado de interdicción, de un incapaz o un menor, se adquiere a través de diligencias notariales en jurisdicción voluntaria contenidas en el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107, dándole intervención a un Juez de familia para que la misma sea declarada, previa audiencia a la Procuraduría General de la Nación de conformidad con la ley al Ministerio Público, actualmente Procuraduría General de La Nación, según Decreto 512 del Congreso de La República; pero al existir oposición que la misma se ventile en un juicio ordinario.

Además, en el Artículo 1 numeral 2 de conformidad con lo que indica el Decreto 512 del Congreso de la República, la Procuraduría General de la Nación Representa provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces, mientras éstos no tengan personero legítimo conforme el Código Civil y demás leyes.





CAPÍTULO IV

4. El fideicomiso en el derecho comparado latinoamericano

El fideicomiso no se encontraba arraigado en la tradición jurídica latinoamericana, siendo su utilización en el área empresarial, siendo establecido por primera vez en la legislación de Panamá.

En la actualidad, el fideicomiso se entiende como un contrato a través del cual una persona, que recibe el nombre de fideicomitente, fiduciante o constituyente, transfiere un bien o derecho a un tercero, llamado fiduciario.

Este se convierte en titular legal del mismo, pero con el encargo de traspasarlo o distribuirlo entre uno o más beneficiarios (llamados también fideicomisarios), en el momento que se haya establecido en el contrato.

Como se puede observar, el derecho anglosajón ha influido en el uso del fideicomiso porque se trata de una figura muy parecida al trust anglosajón, aunque algunas diferencias importantes que es aplicado de diferente manera en Latinoamérica.

Considerando todo lo anterior expuesto del fideicomiso, es necesario utilizar el derecho comparado como un método de estudio para facilitar la comprensión del fideicomiso en Latinoamérica, porque este método ofrece la comparación de los diversos ordenamientos

jurídicos para los mismos casos planteados dentro de una misma perspectiva. Por este motivo procederé a realizar un análisis breve del fideicomiso en Latinoamérica.

4.1. El fideicomiso en El Salvador

El fideicomiso de El Salvador no tiene una norma propia, sino que está regulado en el Código de Comercio, Decreto Legislativo número 671, publicado en el Diario Oficial el 31 de Julio de 1970 y, más concretamente, en el Título VII, Operaciones de Crédito y bancarios, Capítulo VII, operaciones bancarias, Sección "G".

En este ordenamiento jurídico establece el fideicomiso, el cual se constituye mediante declaración de voluntad, por la cual el fideicomitente transmite sobre determinados bienes a favor del fideicomisario, el usufructo, uso o habitación en todo o parte, o establece una renta o pensión determinada, confiando su cumplimiento al fiduciario, a quien se transmitirán los bienes o derechos en propiedad, pero sin facultad de disponer de ellos sino de conformidad a las instrucciones precisas dadas por el fideicomitente, en el instrumento de constitución.

Se ha de tener en cuenta que todo fideicomiso es remunerado, de tal forma que si en su acto constitutivo no se determina la retribución que percibirá el fiduciario por el ejercicio de sus funciones, y éste tendrá el derecho a cobrar el 5 % de la renta neta que produzcan los bienes fideicometidos.



El fideicomiso se constituye mediante una declaración de voluntad o contrato, en el cual se debe de indicar primero los nombres de los tres sujetos es decir el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario; en segundo lugar, los bienes sobre los que recae el fideicomiso; y por último las instrucciones pertinentes y los fines para los cuales se constituye el fideicomiso. El fideicomiso, como mecanismo jurídico y financiero de desintermediación es una importante herramienta para las sociedades y empresarios.

4.2. El fideicomiso en Honduras

El fideicomiso en Honduras es un negocio jurídico por el que se atribuye al banco autorizado para operar como fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación ineludible de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin lícito y determinado al que se destinen.

El fideicomiso implica la cesión de los derechos o la traslación del dominio de los bienes en favor del fiduciario. Frente a terceros, el fiduciario tiene la consideración de dueño de los derechos los bienes fideicometidos a consecuencia de que obtiene válidamente todas las facultades de dominio sobre los bienes o derechos dados en fideicomiso.

De todos modos, estos bienes y derechos deben volver al fideicomitente en el plazo máximo de treinta años, o pasar definitivamente al fideicomisario o persona determinada, con excepción de los fideicomisos constituidos en favor de las personas jurídicas que no sea de orden público o institución de beneficencia.

4.3. El fideicomiso en Panamá

En Panamá el fideicomiso constituye uno de los mecanismos de inversión más utilizados junto a los fondos de inversión de interés privado. La gran ventaja, como en la mayoría de fideicomisos, está en la posibilidad que tienen los inversores de constituir un patrimonio aislado, sin personalidad jurídica, que permita dejar a salvo su patrimonio personal de cualquier tipo de amenaza legal.

De esta manera, los riesgos de la inversión se reducen exclusivamente a la porción de patrimonio que se está dispuesto a perder. Se trata en definitiva de una adaptación de la figura trust anglosajón.

Las bondades del fideicomiso panameño no sólo se destacan entre las instituciones legales del ámbito local, también se manifiestan en el plano internacional debido a los beneficios mercantiles y tributarios que esta figura confiere en comparación con la mayoría de sus homónimos latinoamericanos.

Desde el punto de vista del derecho mercantil, en Panamá existen dos grandes ventajas que, si bien no son exclusivas del fideicomiso panameño, se encuentra muy acentuadas. En primer lugar, se trata de una institución sumamente amplia en cuanto a sus posibilidades de configuración, en la que se privilegia la autonomía de la voluntad de las partes, factor fundamental en el mundo de los negocios.



Este patrimonio aislado puede constituirse sobre cualquier tipo de bienes, incluso de carácter futuro y por su finalidad puede ser la más variada forma siempre que su fin no se ilícito o inmoral. Asimismo, a diferencia de la mayoría de fideicomisos latinoamericanos el fideicomiso panameño puede tener carácter irrevocable y su duración puede ser indefinida.

4.4. El fideicomiso en México

El fideicomiso es definido en México como el negocio fiduciario en el cual el acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante a otro, con la obligación adquirida por este último, se destina el objeto transmitido con una finalidad específica.

Por otro lado, se estima que es “un negocio jurídico, que se construye mediante la manifestación unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud del cual, éste destina ciertos bienes o derecho a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.”²²

Como se ha visto, el fideicomiso en México es una figura contractual de gran versatilidad, las modalidades a las que puede sujetarse en cuanto a los bienes o derechos susceptibles de afectarse; las prerrogativas y obligaciones que nacen para el

²² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. **El fideicomiso mexicano**. Pág. 186



fideicomitente, para los fideicomisarios y desde luego para la fiduciaria, y las causas de revocación o irrevocabilidad; entre otras características permiten tal variedad de combinaciones que lo apartan de los atributos tradicionales de la propiedad o de las consecuencias más puras de otros contratos con características en principio afines como podrían ser el mandato y el depósito.

Es evidente que el negocio fiduciario tiene una amplia gama de consecuencias que recaen en el ámbito del Derecho tributario cuando a través de esta figura se realiza el hecho imponible previsto por la norma tributaria.

Sin embargo, la mutabilidad de la figura aunada a la flexibilidad prevista para la estipulación contractual de las partes que intervienen en el contrato, en relación con la situación jurídica de los bienes y derechos afectos al fideicomiso, han propiciado que el legislador tributario se ocupe de dar forma a los supuestos en los que, al margen de las consecuencias jurídicas de fondo, se entiende que hay una enajenación para efectos fiscales de los bienes afectado al fideicomiso.

En este sentido, hay que mantener en perspectiva que esta especificidad normativa en materia fiscal tiene particular importancia no sólo en el ámbito federal, sino también a nivel de las entidades federativas de la República de México, en particular para las haciendas municipales, donde el impuesto por actos traslativos de la propiedad inmobiliaria tiene especial relevancia.

Es evidente que dependerá del hecho imponible, sujeto y base imponible de cada tributo, la determinación de las consecuencias fiscales que derivan del negocio fiduciario, por lo que habrá de referirse a cada ley especial en su momento.

4.5. El fideicomiso en Argentina

El fideicomiso no se encontraba arraigado en la tradición jurídica argentina, siendo su utilización excepcional hasta el año de 1995. En este año se sanciona la ley 24.441, adquiriendo cuerpo normativo esta figura mercantil.

A partir de ese momento no cesa su impulso creciente, utilizándose esta figura como estructura jurídica de la más variada gama de operaciones jurídicas en las que la garantía sea un dato necesario para la realización del negocio en cuestión.

Sin perjuicio de que esta figura jurídica, cuyos orígenes se remontan al Derecho Romano, estaba incorporada en el Artículo 2662 del Código Civil Argentino, sancionado en el año de 1869, el dinamismo en la utilización del fideicomiso se produjo con la sanción referida en la ley.

El fideicomiso inspira certeza y seguridad a las operaciones subyacentes a las cuales le sirve de instrumento para su realización, en razón de la coraza protectora que forma en relación con tercero aunque, como intento remarcar en este trabajo, su tratamiento tributario lejos acompaña a tan preciada característica de eficaz garantía para la



realización de otros negocios) toda vez que las consecuencias impositivas del fideicomiso en ciertos supuestos denota incertidumbre y falta de certeza tributaria.

4.6. El fideicomiso en Guatemala

En la estructura del Código de Comercio de Guatemala, el fideicomiso se encuentra regulado en el libro relativo a las obligaciones y contratos mercantiles, en 25 artículos que se resumen a continuación:

En el Artículo 766 establece del Código de Comercio de Guatemala establece "Características: El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso."

4.6.1. El fideicomiso judicial

En Guatemala, la institución del fideicomiso judicial fue introducida en el Código de comercio actual, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el cual entró en vigencia el uno de enero de 1971.

El Código de Comercio da los elementos para establecer un concepto legal del fideicomiso judicial al decir que es una disposición judicial por la cual el juez puede constituir fideicomiso los bienes para la administración de los mismos por parte de una entidad fiduciaria en beneficio del fideicomisario, esta figura jurídica es una institución del



derecho mercantil, que tiene fines civiles, mercantiles y judiciales al ser otorgada por un juez.

Este fideicomiso para establecerse es constituido por un Juez de Primera Instancia en los casos en que se considere necesario la protección del haber patrimonial o le sea solicitado por una o más partes del proceso legal, sobretodo porque cumple funciones económicas y de confiabilidad.

Actualmente en la legislación de Guatemala, esta clase de fideicomiso no está desarrollado con amplitud las características y elementos que definan la figura legal del Fideicomiso Judicial, siendo su contenido limitado; sin embargo el Artículo 771 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República, establece que “Los jueces de primera instancia del ramo civil a solicitud de parte y con opinión favorable del Ministerio Público, podrán constituir fideicomisos en los casos en que por la ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes. El fiduciario nombrado judicialmente sólo será administrador de los bienes”.

Para este caso, el citado artículo establece que el Juez deberá actuar a solicitud del interesado, y contar con opinión favorable del Ministerio Público se debe entender actualmente la Procuraduría General de la Nación.

El Ministerio Público sufrió una transformación con posterioridad a la emisión del Código de Comercio de Guatemala, con dicha transformación se separaron las funciones de las



secciones de fiscalía y de procuraduría, antes a cargo de una sola institución perteneciente al Ministerio Público.

Actualmente, el Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación, tiene su propia Ley orgánica y, por lo tanto, sus propias atribuciones. En esta separación de sus funciones, entendemos que la opinión favorable, debe ser la Procuraduría General de la Nación.

Por ejemplo, cuando un Juez de Primera Instancia Civil puede designar a personas que se encarguen de la administración de bienes, como en el Proceso Sucesorio Intestado, el cual si entre los presuntos herederos no hubiere acuerdo sobre la forma de administrar la herencia, podrá el juez, nombrar a un tercero su propia elección; ello con el fin de asegurar, conservar y mejorar el patrimonio del causante.

Se estableció que de las entidades bancarias que operan en el sistema guatemalteca, se estableció que la mayoría son fiduciarios de fideicomisos. Así mismo las sociedades financieras, funcionan también como fiduciarios. Por lo tanto, se tiene entendido que son las entidades financieras las que tienen a su cargo la administración de fideicomisos en nuestro medio.

4.6.2. Problemática de la aplicación del fideicomiso judicial

El ordenamiento jurídico está compuesto por un gran conjunto de normas que pretenden regular la realidad social, señalando los cauces por los que debe discurrir el comportamiento ordenado de los hombres. Precisamente la función de aplicación del Derecho consiste en señalar a la sociedad el criterio o norma que debe ser empleado como cauce para una situación concreta. Asimismo, a los no juristas el ordenamiento debe ofrecerles los cauces adecuados para la satisfacción de sus necesidades e intereses.

En esta tarea de ordenación de la vida en comunidad y de composición de intereses, las normas jurídicas necesariamente han de poder ser impuestas. Sobre esta imposición, incluso coactiva, de la observancia de las normas, el ordenamiento cumple también una labor de conformación y seguridad a la sociedad, al brindar por anticipado a los ciudadanos los criterios de organización de sus vidas y relaciones con los demás, con la debida protección de la vida, bienes e integridad en consecuencia también la normativa presenta la posible sanción en que puede incurrirse si se cumplen las normas.

Como primer y principal problema a la hora de aplicar el fideicomiso judicial está el identificar qué normas resultan aplicables a un determinado caso concreto. Junto a él, supuesto que se encuentre la norma o conjunto de normas reglamentadoras de la situación que interesa, surgen dos problemas, en primer término, el problema general de la averiguación del sentido y alcance de los preceptos aplicables en la aplicación del fideicomiso judicial, en segundo término, el problema de adaptar el mandato contenido



del fideicomiso judicial a casos concretos que surgen en la sociedad, aplicando una escueta normativa a las circunstancias concretas del caso planteado. Todos estos conjuntos de problemas se conocen con el nombre de integración e interpretación de las normas jurídicas por lo que el juez es el que debe considerar tal aplicación e interpretación de la normativa.

4.6.3. Impacto en la vulneración del patrimonio de los incapaces declarados en estado de interdicción

Es un instrumento jurídico de gran interés para personas con una grave discapacidad física o sensorial y para las personas con discapacidad intelectual. La finalidad de la aplicación del fideicomiso judicial es permitir la designación de unos bienes precisos (dinero, inmuebles, derechos, títulos, etc.) para que, con ellos, y con los beneficios que se deriven de su administración, se haga frente a las necesidades vitales ordinarias y extraordinarias de la persona con discapacidad.

De esta forma, los padres, sin tener que efectuar una donación (que tiene un mayor coste fiscal), ni una venta, y sin tener que esperar a transmitir los bienes por disposición hereditaria, pueden vincular determinados bienes a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

Se trata de un patrimonio de destino, es decir, una masa patrimonial afectada expresamente a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad en cuyo interés se constituya el fideicomiso judicial. Los bienes y derechos



que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del patrimonio personal del titular-beneficiario y quedan sometidos a un régimen de administración específico determinado por juez de primera instancia al constituir el fideicomiso judicial.

4.6.4. Propuesta para la aplicación del fideicomiso judicial

No es infrecuente que una determinada persona tenga un estrecho vínculo afectivo con la persona con discapacidad, pero carece de un vínculo legal que le permita iniciar acciones que puedan beneficiarle.

Como el fideicomiso judicial es un régimen diseñado exclusivamente para beneficiar a las personas con discapacidad, la Ley permite la intervención de terceros que quieran velar por los intereses de dichas personas, a través de la Procuraduría General de la Nación.

De este modo, cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un fideicomiso establecido de manera judicial por un juez de primera instancia, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados suficientes para ese fin.



Asimismo, también cualquier persona con interés legítimo podrá aportar bienes o derechos al fideicomiso ya constituido. Dichas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán condicionarse en el tiempo.

Cualquier persona, aunque no sea uno de los padres, tutor, curador o guardador de hecho, puede solicitar la constitución de un fideicomiso judicial, o aportar bienes o derechos al mismo.

Cuando la persona con discapacidad no tiene capacidad de obrar suficiente, corresponde a sus padres, tutores, curadores o guardadores de hecho tomar aquellas decisiones que la Ley reconoce a la persona con discapacidad.

La aplicación del fideicomiso judicial tiene como finalidad:

- a) Ser constituido por un juez de primera instancia civil o de familia, quien designara a un administrador de dicho patrimonio o designar a un tercero para dicha función. Quien resulte administrador tendrá asimismo la representación legal referida exclusivamente a todos los actos de administración. En caso de falta de representación, esta estar a cargo de la Procuraduría General de la Nación.
- b) Dar consentimiento para constituir el fideicomiso judicial o recibir aportaciones, o negarse a ello. En este último supuesto deberá ser por causa justificada y resuelto por el juez. Puesto que el objeto del fideicomiso judicial es la afectación de bienes a fines determinados, para la protección del patrimonio.



c) Aportar al sistema financiero en Guatemala, específicamente en los bienes, debido que ha venido demostrando la incursión de nuevos agentes económicos que representan ventajas económicas tanto para una institución fiduciaria como para el fideicomisario, puesto que representa ingresos al sistema económico, debido a que es a través de este cómo se financia el aparato productivo del país y administra los ahorros de una buena parte de la población. Es indudable que el fideicomiso es un servicio importante para las entidades bancarias, pero es necesario que desarrollen una conducta activa para atraer la clientela, planteado programas y diplomados para los jueces que aplicarán dicha institución, consiguiendo de esta manera informar a sistema judicial y beneficiar a la población.

Se realizó una investigación a nivel de los bancos y sociedades financieras del sistema, con el propósito de establecer cuántas entidades actúan como fiduciarios, las clases de fideicomisos que administrar y un monto aproximado del capital en giro de éstos.

Se estableció que de los 18 bancos que operan en el sistema 15 son fiduciarios de fideicomisos. Así mismo, de las 13 sociedades financieras, 12 son fiduciarias. De esta cuenta se tiene que son 27 las entidades financieras que tienen a su cargo la administración de los fideicomisos en nuestro medio.

El capital en giro de tales fideicomisos asciende a Q6,367,883 millones en los bancos y 19,808,750 millones en las sociedades financieras, haciendo un total de Q26,176,633 millones, que representan producto interno bruto del país. Lo anterior quiere decir, que el movimiento de este tipo de operaciones representa beneficios económicos.



Haciendo un análisis de la baja participación en la institución del fideicomiso, puesto que a la falta de cultura financiera, es una problemática debido al tipo de instrucción especializado en materia de finanzas solo llega a un sector reducido y privilegiado, segundo el desconocimiento de la existencia de los beneficios de la institución del fideicomiso judicial y por último la falta de importancia de las entidades bancarias en especializar al sector justicia, promoviendo cursos y diplomados, puesto que no es promocionado al público, no obstante representa para el aparato financiero una fuente importante de ingresos y ciertamente es fácil el manejo del fideicomiso judicial.

Las ventajas sociales más importantes es que esta figura no disgrega a la familia por repartirse los bienes heredados y representa para el país un ingreso que financia el aparato productivo del país y es una buena parte de ahorros de la población.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El marco legal bajo el cual se encuentra regulado el fideicomiso, presenta serias dudas, especialmente porque está regulado brevemente dicha institución en el Artículo 767 tercer párrafo del Código de Comercio, en el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

La inaplicación del fideicomiso judicial, es debido a varias causas, entre ellas:

La falta de cultura financiera, esta situación se da, porque únicamente las personas con conocimiento especializado en finanzas es un sector reducido y privilegiado, especialmente solo para la clase social media alta y alta de la sociedad, en base a sus ingresos.

El desconocimiento de los beneficios de la institución del fideicomiso judicial, lo que hace que no sea aplicado por los jueces de primera instancia del ramo civil o familia, debido al desconocimiento y a la falta de desarrollo de políticas de las entidades bancarías en promocionar el fideicomiso.

La ínfima importancia por parte de las sociedades financieras y los bancos, la promoción del fideicomiso judicial, aunque el ingreso por fideicomiso le implicaría a un ingreso redituable, siendo un ingreso importante en su activo. Por ello es importante promoverlo, y representa beneficios tanto para el fiduciario como para el fideicomisario; dado que su control y manejo es relativamente fácil y no muy oneroso.





ANEXOS



**SOCIEDADES FINANCIERAS
PRIVADAS**

INTEGRACIÓN DE FIDEICOMISOS

AL 31/12/2016

Cifras en miles de quetzales

	Estatales No.	Estatales Patrimonio Q	Municipales No.	Municipales Patrimonio Q	Privados No.	Privados Patrimonio Q	Total No.	Total Patrimonio Q
INDUSTRIAL, S. A.	0	0	0	0	398	8,120,626	398	8,120,626
RURAL, S. A.	0	0	0	0	51	969,033	51	969,033
DE OCCIDENTE, S. A.	0	0	2	110,233	36	509,677	38	619,910
DE CAPITALES, S. A.	0	0	0	0	32	280,801	32	280,801
SUMMA, S. A.	0	0	0	0	40	869,286	40	869,286
PROGRESO, S. A.	0	0	0	0	9	104,689	9	104,689
AGROMERCANTIL, S. A.	0	0	0	0	36	1,154,081	36	1,154,081
MVA, S. A.	0	0	0	0	1	0	1	0
CONSOLIDADA, S. A.	0	0	0	0	42	868,664	42	868,664
DE LOS TRABAJADORES, S. A.	0	0	0	0	6	147,053	6	147,053
CREDICORP, S. A.	0	0	0	0	5	65,659	5	65,659
G & T CONTINENTAL, S. A.	2	79,742	1	0	143	6,529,206	146	6,608,948
TOTAL	2	79,742	3	110,233	799	19,618,775	804	19,808,750

<http://infpb.sib.gob.gt/ConsultaDinamica/?cons=72>

http://www.sib.gob.gt/web/sib/informacion_sistema_financiero/entidades-supervisadas

INSTITUCIONES BANCARIAS

INTEGRACIÓN DE FIDEICOMISOS

AL 31/12/2016

Cifras en miles de quetzales

	Estatales No.	Estatales Patrimonio Q	Municipales No.	Municipales Patrimonio Q	Privados No.	Privados Patrimonio Q	Total No.	Total Patrimonio Q
EL CRÉDITO HIPOTECARIO NACIONAL DE GUATEMALA	17	-41,621	1	184,895	6	52,336	24	195,610
INMOBILIARIO, S. A.	1	20	0	0	0	0	1	20
DE LOS TRABAJADORES	6	430,364	1	1,266	10	54,452	17	486,082
INDUSTRIAL, S. A.	6	43,028	2	23	48	1,486,133	56	1,529,184
DE DESARROLLO RURAL, S. A.	27	1,744,385	5	2,034	32	140,649	64	1,887,068
INTERNACIONAL, S. A.	0	0	0	0	4	129,648	4	129,648
VIVIBANCO, S. A.	1	14,172	0	0	10	36,762	11	50,934
FICOHSA GUATEMALA, S. A.	0	0	0	0	5	44,364	5	44,364
PROMERICA, S. A.	0	0	0	0	20	248,489	20	248,489
DE AMÉRICA CENTRAL, S. A.	0	0	0	0	3	83,780	3	83,780
CITIBANK DE GUATEMALA, S. A.	1	280,011	0	0	2	0	3	280,011
AGROMERCANTIL DE GUATEMALA, S. A.	5	352,661	0	0	9	21,955	14	374,616
G&T CONTINENTAL, S. A.	4	31,752	0	0	11	964,639	15	996,391
DE CRÉDITO, S. A.	0	0	1	19	11	48,993	12	49,012
INV, S. A.	0	0	0	0	3	12,674	3	12,674
Total	68	2,854,772	10	188,237	174	3,324,874	252	6,367,883

http://www.sib.gob.gt/web/sib/informacion_sistema_financiero/entidades-supervisadas

<http://infpb.sib.gob.gt/ConsultaDinamica/?cons=37>





BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil. Tomo I**, Guatemala: Ed. Centro Editorial Vite, 2011.
- ALEGRIA BARRIOS, Maik Ramón. **Análisis jurídico y doctrinario del fideicomiso testamentario como instrumento legal para garantizar la sustitución hereditaria por voluntad del causante**. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2009.
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial. Tomo I**, 2ªed., Buenos Aires, Argentina: (s.e), 1963.
- ALVARADO ESQUIVEL, Miguel e Jesús et al. **El fideicomiso en latinoamérica**. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Marcial Pons Argentina, S.A., 2010.
- BARRERA GRAF, Jorge. **Los negocios fiduciarios**. Revista de derecho y Ciencias Sociales, Tomo XXIV, (s.l.i.): (s.e), 1950.
- BATIZA, Rodolfo. **El fideicomiso. Teoría y práctica**. México: (s.e), 1995.
- BONFANTE, Pedro. **Instituciones de derecho romano**. 6ª. ed. Madrid, España: Ed. Reus, 2002.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 13ª ed. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, S.A., 2014.
- CARPIO MELÉNDREZ, José María. **Análisis crítico a la competencia que ejerce la Procuraduría General de la Nación en los asuntos de jurisdicción voluntaria**. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2007.
- CARREGAL, Mario Alberto. **El fideicomiso**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad, 1982.
- CASTELLANOS DIAZ, Norberto Rodolfo. **El fideicomiso su proyección para Guatemala**. Tesis para optar al grado de Contador Público y Auditor, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1961.



CHINCHILLA SANTIAGO, Víctor Manuel Alejandro. **Análisis jurídico del fideicomiso instituido por testamento en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado.** Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2008.

DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. **Títulos y contratos de crédito, quiebras.** Tomo I, 2da ed. México: Ed. Harla, 1992.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. **El fideicomiso mexicano.** 3ª. México: Ed. Porrúa, 1998.

GIRALDI, Pedro Mario. **Fideicomiso ley 24.441.** 1ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1998.

HERRARTE GONZÁLES, Alberto. **El proceso penal guatemalteco.** Guatemala, Guatemala: Ed. Vile, 1993.

<http://lema.rae.es/drae/?val=fideicomiso> (Consultado: el 4 de marzo de 2015)

<http://dle.rae.es/?id=HrNcwXy> (Consultado el 12 de octubre de 2016)

JIATZ CHALÍ, José Israel. **Efectos jurídicos de la derogatoria parcial del decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala.** Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1997.

LISOPRAWSKI, Silvio V y KIPER, Claudio Marcelo. **Teoría y práctica del fideicomiso.** 1ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1999.

MARTÍNEZ JUÁREZ, César Humberto. **La figura jurídica de la interdicción y la necesidad de su adecuación jurídica en la legislación guatemalteca.** Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta SRL., 1981.

PHANOR, James Eder. **El fideicomiso (trust) en el derecho angloamericano.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Arayú, 1954.



RAMIREZ CABRERA, Carla Beatriz. **La necesidad de mejorar el marco regulatorio de los fideicomisos públicos en función de la transparencia.** Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, 2010.

RAMIREZ GAITÁN, Daniel Ubaldo. **El Fideicomiso.** 1ª ed. Guatemala: Ed. Litografía MR, 2015.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos bancarios.** 4ª ed. Bogotá, Colombia: (s.e), 1990.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, obligaciones y contratos Tomo III.** 6ª ed. Guatemala: Ed. Universitaria, 2006.

ZAPATA SAGASTUME, Juan Carlos. **Fideicomiso testamentario como facilitador de planificación patrimonial.** Tesis para optar al grado de Licenciado en Administración de Empresas con Especialización en Finanzas, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala, 2001.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-80 del Congreso de la República de Guatemala, 1979.

Código Civil, Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, Enrique Peralta Azúrdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Congreso de la República de Guatemala, Enrique Peralta Azúrdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.