

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

**ILEGALIDAD DEL FIDUCIARIO EN ACATAR
LAS DECISIONES DEL COMITÉ TÉCNICO DEL FIDEICOMISO**

CÉSAR EDUARDO COLÓN HURTARTE

GUATEMALA, ABRIL DE 2020

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

**ILEGALIDAD DEL FIDUCIARIO EN ACATAR
LAS DECISIONES DEL COMITÉ TÉCNICO DEL FIDEICOMISO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

CÉSAR EDUARDO COLÓN HURTARTE

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2020

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

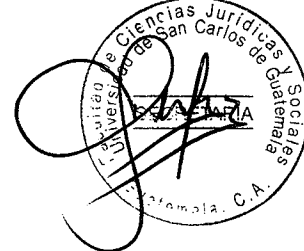
DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

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



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintidós de febrero del año dos mil
trece.

Atentamente pase al LICENCIADO ERWIN ROLANDO FLORES, en sustitución
del asesor (a) propuesto (a) con anterioridad LICENCIADO (A) FRANCISCO
QUIÑÓNEZ VILLAGRÁN, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del
estudiante CÉSAR EDUARDO COLÓN HURTARTE, carné: 8711991 Intitulado
"ILEGALIDAD DEL FIDUCIARIO EN ACATAR LAS DECISIONES DEL
COMITÉ TÉCNICO DEL FIDEICOMISO".

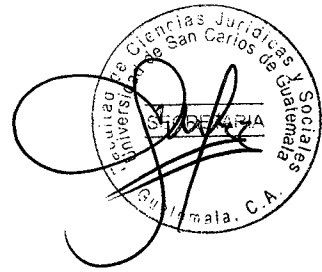
Me permito hacer de su conocimiento que como asesor está para realizar
modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación. En el dictamen
correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo
32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias
Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual regula "Tanto el
asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes
correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la
tesis, metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los
cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la
misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si
aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones
que estimen pertinentes".

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

c.c. Unidad de Tesis
BAMO/sllh



LIC. ERWIN ROLANDO FLORES
Abogado y Notario
8 Av. 6-40 zona 6, Residenciales Catalina
Villa Nueva, Guatemala
Teléfono 4140-4800



Guatemala, 31 de octubre del 2017

Estimado
Licenciado Fredy Orellana
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad San Carlos de Guatemala



Estimado Licenciado Orellana:

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, procedí a revisar el trabajo de tesis del bachiller **CÉSAR EDUARDO COLÓN HURTARTE**, Intitulado: **"ILEGALIDAD DEL FIDUCIARIO EN ACATAR LAS DECISIONES DEL COMITÉ TÉCNICO DEL FIDEICOMISO"**.

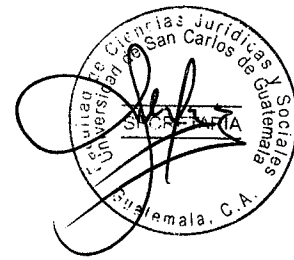
He realizado la revisión de la investigación en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarios, para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad, la recolección de información realizada por el bachiller César Eduardo Colón Hurtarte; fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

En cuanto a los métodos y técnicas utilizados en esta tesis, el ponente utilizó correctamente los métodos inductivo y deductivo al momento de redactar y estructurar los temas tratados dentro de la misma, y, en su momento, el método analítico en los capítulos finales, en los que claramente expone las ideas conclusivas de la investigación. Se revisó también la correcta utilización de las técnicas directas e indirectas al momento de depurar los datos utilizados en esta tesis.

La conclusión discursiva fue redactada en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de

LIC. ERWIN ROLANDO FLORES
Abogado y Notario
8 Av. 6-40 zona 6, Residenciales Catalina
Villa Nueva, Guatemala
Teléfono 4140-4800

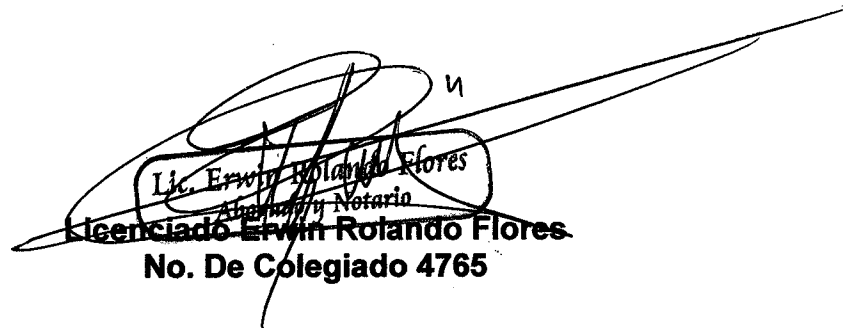


espacio conocimiento e investigación y la bibliografía adecuada acordes al tema relativo a la importancia de analizar la ilegalidad del fiduciario en acatar las instrucciones del comité técnico del fideicomiso

Dado que el trabajo de Tesis cumple con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito dictamen en sentido **FAVORABLE**, para que en su oportunidad pueda ser discutido por el sustentante en Examen General Público.

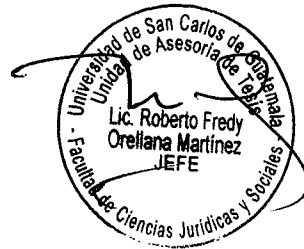
Expresamente Declaro: Que no soy pariente dentro de los grados de ley del bachiller César Eduardo Colón Hurtarte.

Se suscribe de usted, atentamente,


Lic. Erwin Rolando Flores
Abogado y Notario
Licenciado Erwin Rolando Flores.
No. De Colegiado 4765



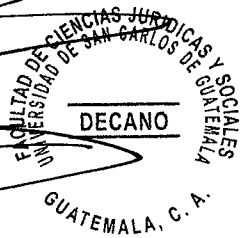
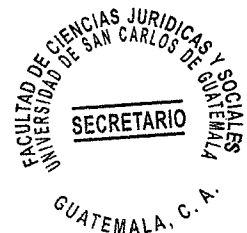
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



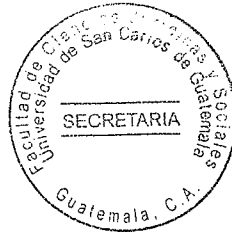
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 07 de febrero de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CÉSAR EDUARDO COLÓN HURTARTE, titulado ILEGALIDAD DEL FIDUCIARIO EN ACATAR LAS DECISIONES DEL COMITÉ TÉCNICO DEL FIDEICOMISO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

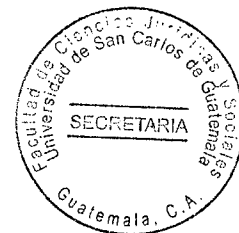
RFOM/JP.



DEDICATORIA



- A DIOS:** Mi amado Padre Celestial, quien me dio la vida y las innumerables bendiciones que me ha derramado, y que hoy permite este logro.
- A MI MADRE:** Ana Haydee, que en sus desafiantes situaciones supo guiarme
- A MI PADRE:** a quien dedico este logro hasta el cielo
- A MI ESPOSA:** Claudia, por ser mi apoyo incondicional
- A MIS HIJOS:** Analucía, Eduardo, Mariaceleste y Paulo, quienes me motivaron a superarme, y alcancen logros más grandes en sus vidas.
- A MI HERMANO Y APRECIABLE FAMILIA:** Edwin y su esposa Aury y sus hijas Titi y Jenni quienes también les dedico este éxito.
- A LA UNIVERSIDAD:** Por albergarme en sus aulas y darme la preparación profesional.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Teoría del fideicomiso	1
1.1. Generalidades del fideicomiso	1
1.2. Reseña histórica del fideicomiso	2
1.3. Definición de fideicomiso	9
1.4. Características del fideicomiso	11
1.5. Naturaleza jurídica del fideicomiso	19
1.6. Tipos de fideicomiso	20
1.7. Elementos del fideicomiso	24
1.7.1 Elementos personales del fideicomiso	24
1.7.2 Elemento real	29
1.8. El patrimonio fideicometido	30
1.9. Terminación del fideicomiso	32
1.10. Liquidación del fideicomiso	33
1.11. Entrega de los bienes	33

CAPÍTULO II

2. Estudio comparado	35
2.1. Fideicomiso en México	37
2.2. Fideicomiso en Guatemala	42
2.3. Fideicomiso en Costa Rica	46
2.4. Fideicomiso en Honduras	50
2.5. Comparación jurídica fiduciaria	53

CAPÍTULO III

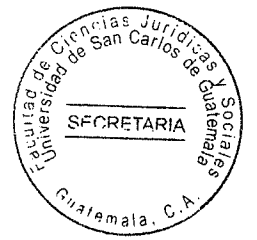
3. Responsabilidades de los elementos personales del fideicomiso	57
3.1. Clases de responsabilidades	57



3.2. Responsabilidad del fiduciario.....	59
3.3. Responsabilidades del fideicomitente.....	62
3.4. Responsabilidad del fideicomisario.....	64
3.5. Ejecución de los fines constitutivos del contrato de fideicomiso.....	65
3.6. Posesión de los bienes fideicometidos	66
3.7. Abuso del fiduciario	67
3.8. Responsabilidades y obligaciones contractuales del fideicomiso de administración contenidas en la legislación civil y mercantil y en la Ley de Bancos y Grupos Financieros	67
3.8.1. Obligaciones del fiduciario.....	68
3.8.2. Obligaciones y derechos del fideicomitente	69
3.8.3. Obligaciones del fideicomisario	70

CAPÍTULO IV

4. Comité técnico del fideicomiso	71
4.1. Definición del vocablo comité técnico	71
4.2. Aspectos doctrinarios del comité técnico	71
4.3. Integración del comité técnico	72
4.4. Aspectos generales del comité técnico del fideicomiso	73
4.5. Ilegalidad del fiduciario en acatar las resoluciones del comité técnico del fideicomiso.....	75
4.6. El fideicomiso y el fiduciario	78
4.7. El fideicomiso y el comité técnico	78
4.8. El fiduciario y el comité técnico del fideicomiso	79
4.9. Legalidad o ilegalidad del comité técnico del fideicomiso	79
CONCLUSIONES	81
RECOMENDACIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	85

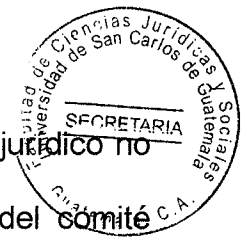


INTRODUCCIÓN

Esta tesis tiene como finalidad comprobar la posible ilegalidad del fiduciario en acatar las decisiones del comité técnico del fideicomiso. En el contrato de fideicomiso existen tres elementos personales que son: el fideicomitente, quien es la persona que entrega sus bienes con la finalidad de que sean administrados por otra persona que sería el fiduciario, que de acuerdo con las leyes guatemaltecas únicamente pueden ser fiduciarios las entidades bancarias y financieras debidamente autorizadas por la Superintendencia de Bancos; el fiduciario se encarga de administrar e invertir los bienes de acuerdo a las instrucciones dada por el fideicomitente al momento de constituir el fideicomiso; el tercer elemento es el fideicomisario, quien es el que recibe el beneficio o ganancias del fideicomiso, pudiendo ser el mismo fideicomitente o un tercero.

El problema es que el Estado de Guatemala no cuenta con la legislación adecuada para el manejo de fideicomisos, permitiendo que los diferentes fiduciarios agreguen a los elementos personales el comité técnico del fideicomiso, que es el principal objeto de esta investigación, dado que es un cuerpo colegiado que asesora al fiduciario al momento de administrar los bienes del fideicomiso.

La hipótesis fue comprobada, dado que en la actualidad los administradores fiduciarios delegan su obligación de manejar el patrimonio fideicometido, en un Comité Técnico del fideicomiso, descargando en dicho órgano la responsabilidad del cumplimiento de los fines del fideicomiso, lo cual es ilegal toda vez que dicha responsabilidad es indelegable.



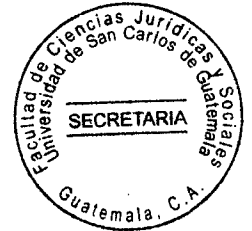
El objetivo general fue comprobar que actualmente nuestro ordenamiento jurídico no contempla dentro de los elementos personales del fideicomiso, la figura del comité técnico y que el contrato de fideicomiso se encuentra regulado en el Código de Comercio, en los Artículos del 766 al 793, en los cuales se establece la función de cada uno de los elementos personales, siendo el fiduciario el único con facultades para administrar los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, la legislación guatemalteca no menciona ni establece la función o participación del comité técnico en el desarrollo del fideicomiso.

Este trabajo cuenta con cuatro capítulos, el primero desarrolla la teoría del fideicomiso, el segundo capítulo plantea un estudio comparado, el tercero capítulo resalta la responsabilidad de los elementos personales del fideicomiso y el cuarto capítulo trata la figura del Comité técnico del fideicomiso.

La metodología usada fue la siguiente, método analítico, la investigación y las demostraciones. La técnica utilizada bibliográfica y observación.

El presente trabajo de tesis busca el fortalecimiento y la concientización de nuestras autoridades, con el fin de fortalecer la figura del fideicomiso, para garantizar al fideicomitente, el buen manejo de su patrimonio, por los fiduciarios correspondiente.

CAPÍTULO I



1. Teoría del fideicomiso

El fideicomiso es una institución jurídica por medio de la cual una persona individual o jurídica llamada fideicomitente, transfiere mediante un arreglo contractual ciertos bienes y derechos a otra persona jurídica llamada fiduciario, en el caso guatemalteco dicha actividad le corresponde con exclusividad a los bancos y las instituciones de crédito, para que los administre y traslade los beneficios de los mismos a una tercera persona individual o jurídica llamada fideicomisario.

1.1. Generalidades del fideicomiso

El contrato de fideicomiso surge dentro de las denominadas operaciones de confianza, ya que implica la transmisión de bienes y derechos de una persona a otra, con el encargo de administrar, invertir o garantizar obligaciones con él.

La institución del fideicomiso nace como un medio para evadir el primitivo rigorismo formalista del derecho sucesorio; se basa en la bona fides del fiduciario, no tiene sanciones jurídicas al principio y goza de absoluta libertad en cuanto a forma se refiere. Su finalidad era favorecer post mortem a personas que no tenían la testamenti factio passiva y para eludir las disposiciones de la ley falcidia.

La testamenti factio passiva, se refiere a la capacidad para ser heredero de una persona, en el Derecho Romano, debía existir una relación entre el que otorgaba la herencia y el que la recibía. En ocasiones las personas no podían heredar por distintas causas, el



fideicomiso fue la solución para que las personas pudieran recibir los beneficios que por medio de la herencia no podían.

“El trust se considera en muchos ámbitos, la contribución más innovadora en el sistema jurídico inglés. Hoy en día, los fideicomisos desempeñan un papel significativo en todos los sistemas de derecho anglosajón, y su éxito ha resultado en la incorporación del fideicomiso por algunas jurisdicciones de derecho civil en sus códigos civiles, como en Francia desde el dos mil siete (enmendada en 2009). Los fideicomisos son reconocidos internacionalmente según el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al fideicomiso y a su reconocimiento, lo cual también regula los conflictos de los fideicomisos. Sin embargo, la idea fundamental del trust es esencialmente simple y conforme a ella una persona adquiere calidad de dueño y administra bienes determinados para el beneficio económico.”¹

Los avances legales realizados en el derecho anglosajón, por el buen funcionamiento y constante uso las relaciones mercantiles, tienen repercusión en el ordenamiento legal de otros países, llegando a establecerse tanto en la legislación nacional como internacional relacionada con el fideicomiso.

1.2. Reseña histórica del fideicomiso

La palabra fideicomiso etimológicamente se origina de dos voces latinas, que son fideicommissum, a su vez de fides que significa fe, y commissus, que significa

¹ Keeton, George W. *The law of trust*. Pág. 21.



comisión o encargo, uniendo el significado de cada palabra, resulta fe en la comisión o encargo de fe.

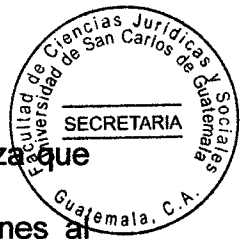
La figura del fideicomiso tiene su origen en culturas con legislaciones desarrolladas, muy antiguas, tales como el derecho romano y el derecho anglosajón. En tal sentido, los países con una menor historia legislativa, como son las legislaciones latinoamericanas, incluyendo la guatemalteca, han legislado sobre la figura del fideicomiso tomando como punto de partida los principios y fundamentos del derecho romano.

El contrato de fideicomiso ha pasado por diversas etapas de evolución, hasta llegar a lo que actualmente se encuentra regulado por las leyes y se desenvuelve en la práctica actual. Es relevante conocer el desarrollo que el contrato de fideicomiso tuvo durante el imperio romano, en el derecho inglés y en derecho guatemalteco, con la finalidad de conocer los cambios que ha sufrido el fideicomiso a lo largo de la historia.

– El fideicomiso en el Imperio romano.

Los estudios realizados del fideicomiso en este título abarcan desde fines de la República y comienzos del Imperio Romano. “La historia del fideicomiso tiene más de dos mil años de existencia, tanto así que ya desde la época del Imperio romano se realizaban estos contratos. En sus orígenes esta figura fue utilizada con el objeto de soslayar trabas legales que impedían darle a determinados bienes cierto destino.”²

² <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010e/836/FIDEICOMISO%20EN%20ROMA.htm> (Consultado el 08 mayo de 2017).



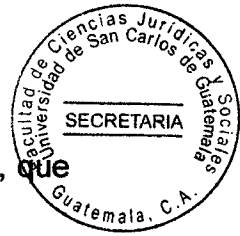
Del párrafo anterior se infiere que estos contratos existían a base de la confianza que depositaba el transmitente en el adquiriente para poder seguir sus instrucciones al momento que este adquiriera sus propiedades y las calidades que vienen con esto. El adquiriente actuaba, con el poder que se le había otorgado, dentro de los límites impuestos respetando la voluntad del transmitente.

En la época de Justiniano el fideicomiso estuvo circunscrito a los actos sucesorios, teniendo carácter personal, esto hizo que adquiriera la naturaleza de derecho real; luego se extendió y paso a ser parte de los contratos por lo que obtuvo carácter bilateral. Se afirma que el contrato de fideicomiso tiene su origen en el Derecho Romano, ya que allí se originó la normatividad y la legalidad correspondiente.

“La fiducia en latín significa confianza. No fue por azar ni por coincidencia que los romanos denominaron este contrato con la misma palabra que en su idioma significaba confianza, sino que escogieron tal palabra cuidadosamente pues era indudablemente la que mejor expresaba la naturaleza y el carácter íntimo de esta forma jurídica.”³

Al igual que en otros contratos mercantiles y civiles, el actuar de buena fe y la confianza entre las partes es esencial. El fideicomiso se basa en la confianza que existe entre las partes involucradas en el contrato, ya que la persona que entrega sus bienes a otra para que los administre, da instrucciones claras sobre lo que pretende y desea que se haga con los bienes, ya sea invertirlos, negociarlos o transmitirlos a una tercera persona, por lo que deberá confiar en que se cumplirán las instrucciones dadas y la finalidad de la

³ *Ibíd.*



negociación, ya sea que reciba los beneficios o le sean entregados a otra persona, ~~que~~ previa se definió.

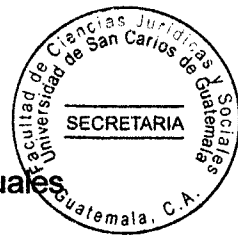
Durante la época del Imperio Romano se desarrolló el contrato que actualmente es conocido como donación entre vivos, que llevo al nacimiento de dos clases de fideicomiso *fiduciae cum creditore* y *fiduciae cum amico*.

El *Fiduciae cum creditore* representa una forma de garantía para el cumplimiento de una obligación. En este caso la persona que solicitaba un préstamo a otra, lo que hacía era traspasarle sus bienes como garantía, mientras el préstamo estuviera vigente. Una vez cancelada la obligación crediticialos bienes eran devueltos por el acreedor a su respectivo dueño.

Fiduciae cum amico lo que perseguía era que una persona entregara a otra de su entera confianza, los bienes de su propiedad para que los administrara según las instrucciones recibidas. En ambos casos se encuentra con la desventaja de que la persona que administraba los bienes podía abusar de los mismos. La base del fideicomiso es la confianza que debe existir entre el que constituye el fideicomiso y el que lo ejecuta o administra, ya que si se quebranta esta confianza no debería continuar la relación del fideicomiso, lo anterior es la base de una buena ejecución de los fines del fideicomiso.

– El Derecho inglés

“En el derecho anglosajón el fideicomiso encuentra sus orígenes en los llamados uses (antecedentes del trust). Los uses consistían en los compromisos de conciencia que



adquiría una persona al recibir los bienes que le eran entregados por otra, los cuales podrían ser en favor del propietario inicial o de un tercero designado por él.”⁴

El fideicomiso en el derecho inglés se deriva del derecho romano. En Europa se heredaron las costumbres, usanzas y normas legales que se utilizaron durante el Imperio Romano. Por esta razón cuando los romanos invadieron las islas inglesas, estos introdujeron el fideicomiso, al cual le realizaron cambios propios de la mentalidad anglosajona, creando estos últimos, mecanismos de utilización del fideicomiso, como la creación de tribunales especiales llamados equity.

“La realidad histórica, es que el uso, precursor del trust, como el fideicomiso de los romanos frente a las restricciones en materia de sucesiones, fue el artificio creado originalmente por los ingleses para una gran variedad de fines morales e inmorales.”⁵

El uso como se conoció en el derecho romano se adaptó en el derecho inglés para diversos fines. Como se puede observar en los comentarios anteriores, los pensamientos de los legisladores en el derecho inglés nacen como resultado de su aceptación del derecho romano. El derecho romano ha influido no solo en la evolución del derecho latino, sino también en el derecho anglosajón, usando como referencia algunas de las instituciones y formas del derecho romano.

⁴ Rodríguez Azuero, Sergio. **Contratos bancarios**. Pág. 818.

⁵ Kiper, Claudio. **Régimen jurídico del dominio fiduciario**. Pág. 64.

La figura del trust, “se explica y manifiesta dentro de una estructura no existente en los sistemas latinos. En dicha estructura coexisten dos propietarios en relación con un mismo bien, los cuales son uno el legal y otro el beneficiario.”⁶

Se considera que existen dos propietarios porque en el contrato del fideicomiso se traslada la propiedad de un bien a la persona que administrará el patrimonio fideicometido, dicho traslado de bienes constituye el patrimonio fideicometido, es únicamente para cumplir con los fines del fideicomiso, aunque no es de forma definitiva, sino temporal, únicamente mientras dure la vigencia del plazo del contrato de fideicomiso, al finalizar, los bienes son devueltos al que constituyó el fideicomiso o entregados al beneficiario del contrato, quien fue previamente definido, quien administre los bienes únicamente podrá realizar las negociaciones para las cuales fue autorizado.

En la definición más generalizada el trust es “un estado de relación fiduciaria respecto de bienes que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos a deberes en equidad y a manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, la cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo”.⁷

Los españoles, trasladaron estos avances sobre el fideicomiso, al continente americano, cuando ocurrió el descubrimiento y la conquista del nuevo mundo, aplicando en el nuevo continente las prácticas comerciales ya conocidas en el antiguo continente, en ese

⁶ Cabarrús de Suremain, Lorraine Marie. **La venta en pública subasta de los bienes fideicometidos en el fideicomiso de garantía.** Pág. 8.

⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. **El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico.** Pág. 140.



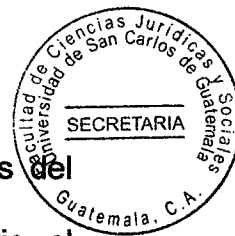
momento se aplicaron en América Latina las leyes que regían en España, siendo los primeros antecedentes de regulación legal en el continente.

– Evolución del fideicomiso en Guatemala

En el Artículo 28 de la Constitución de la República de Guatemala de 1945 aparece por primera vez, dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, la figura del fideicomiso, regulándolo de la siguiente manera: "...Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco años; en todo caso deberán ser ejercidos por un Banco o institución de crédito facultados para hacer negocios en la República. Esta autorización no se extiende en manera alguna a congregaciones religiosas o monásticas, ni a sacerdotes o ministros de cualquier culto o religión. El plazo podrá ampliarse únicamente cuando se trate de garantizar a enfermos incurables o a incapaces." 11 años después, en la Constitución de 1956 en el Artículo 49 establece sobre los fideicomisos que su plazo no podía exceder de veinticinco años, y debían ser administrados por un banco o institución de crédito.

Los Artículos 28 y 49 de las Constituciones de 1945 y 1956 se referían al fideicomiso sucesorio, por lo que éste se incluyó dentro del Código Civil, Decreto Ley 106 de 1963 dentro del Libro Segundo, Capítulo Cuarto, de los Artículos 560 al 578, bajo el título de la Propiedad en Fideicomiso.

El Código Civil le da carácter de institución, estableciendo que el fiduciario adquiere la propiedad de los bienes para realizar el fideicomiso, regulando además quienes son los sujetos del fideicomiso, señalando las características generales del fideicomiso, de sus

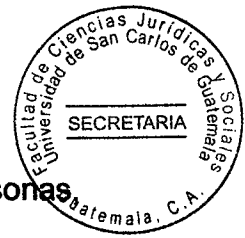


participantes, sus derechos y obligaciones, forma de extinción, las obligaciones del Registro de la Propiedad, los efectos contra terceros, los honorarios del fiduciario, el tiempo del contrato, etcétera.

El Código aparentaba tener una regulación completa en sus diecinueve Artículos; sin embargo, todavía faltaba el normar en una forma más amplia la complejidad de relaciones que pueden presentarse dentro de este tipo de figura legal. Posteriormente se consideró que el fideicomiso pertenecía al Derecho Privado, por lo que correspondía ser regulado dentro de un Código más afín, por lo que se consideró regularlo en el Código de comercio, dentro del Libro Cuarto, Título Segundo, Capítulo Quinto, Artículos, del 766 al 793. Siendo el Código de comercio el cuerpo legal que actualmente regula el contrato de fideicomiso, estableciendo las funciones de los elementos personales del contrato, los derechos y obligaciones de cada uno, forma del contrato de constitución del fideicomiso, los efectos que tiene contra terceros, el patrimonio fideicometido, formas de extinción, impuestos y honorarios que se generan por el contrato.

1.3. Definición de fideicomiso

No existe una definición legal sobre el contrato de fideicomiso, el Código de comercio, únicamente determina las características del contrato, especifica las funciones de cada uno de los elementos personales del fideicomiso, establece derechos y obligaciones que nacen con el contrato y la manera en que se finaliza el contrato; sin embargo, en ninguno de los artículos que conforman el capítulo V del referido cuerpo legal y que se refiere al fideicomiso, definen ese contrato.



Se considera que el fideicomiso es un contrato en virtud del cual una o más personas fideicomitente o fiduciante, transmite bienes, cantidades de dinero o derechos, presentes o futuros, de su propiedad a otra persona (una persona física o persona jurídica, llamada fiduciaria) para que ésta administre o invierta los bienes en beneficio propio o en beneficio de un tercero, llamado beneficiario, y se transmita, al cumplimiento de un plazo o condición, al fiduciante, al beneficiario o a otra persona, llamado fideicomisario.

De acuerdo a esta definición el fideicomiso es un contrato en el que se administran los bienes de otra persona, de acuerdo a las instrucciones establecidas al momento de su constitución. El fideicomiso se puede definir desde un punto de vista objetivo en cuanto a la naturaleza finalidad y partes que en el intervienen, el fideicomiso: “es un contrato que formaliza la voluntad de una persona llamada fideicomitente para que los bienes que el transmite al fiduciario (Banco) le sean administrados conforme a los fines previstos en el contrato, a favor de una tercera persona llamada fideicomisario, quien puede ser a la vez el propio fideicomitente”.⁸

En el momento de constituirse, la parte que recibe los bienes y que los administrará únicamente recibe la titularidad, pero no la propiedad de los bienes; por lo tanto, es un contrato por el cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria en todas las empresas.

El contrato de fideicomiso se puede definir como “un contrato por el cual una o más personas llamadas constituyentes (o fideicomitentes) transfieren temporal e

⁸ Barrios Flores, Gustavo Adolfo. **Consideraciones generales del fideicomiso**. Pág. 2.



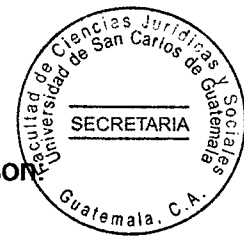
irrevocablemente la propiedad de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica, para que una entidad fiduciaria lo administre y cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien sea a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.”⁹

Los bienes afectados al fideicomiso como patrimonio del fideicomiso, no corren el riesgo comercial del fiduciante ni del puesto que el patrimonio que es objeto del fideicomiso no puede ser perseguido por los acreedores de ninguno de ellos, ni afectado por la quiebra de ambos o de alguno de ellos, el fiduciario tiene la obligación de administrar dicho patrimonio únicamente para cumplir los fines del fideicomiso, asegurándose en todas sus acciones la protección del patrimonio.

1.4. Características del fideicomiso

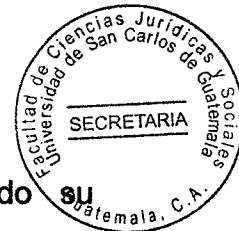
La clasificación de los contratos establecida en el Código Civil permite identificar al fideicomiso como un contrato con características de bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, principal y puede ser absoluto o condicionado; por lo que a sus definiciones habrá de remitirse (Artículos 1587 al 1592 del Código Civil). Además, de las características ya mencionadas, el contrato de fideicomiso es solemne porque tiene como requisito esencial para su validez el celebrarse en escritura pública, con excepción del fideicomiso de inversión. (Artículos 1577 del Código Civil; 770 y 771 del Código de Comercio de Guatemala y 76 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías).

⁹ Ley de Mercado de Valores Régimen de Mercado de Valores. Pág. 291.



De lo expuesto en este capítulo, se razona que las características del fideicomiso son:

- Principal: es principal porque su existencia jurídica no está subordinada ni depende de ningún otro acto o contrato.
- Oneroso: la constitución de un fideicomiso y la expresa aceptación del fiduciario a su cargo, representa para este último, el derecho de cobrar una cantidad de dinero por las finalidades que se lleven a cabo dentro de la esfera contractual sea en calidad de honorarios o bien por comisiones, las cuales generalmente son asumidas por el fideicomitente, aunque no se excluye la posibilidad de ser el fideicomisario quien asuma esta carga.
- De ejecución inmediata o de tracto sucesivo: esta característica atiende las finalidades para las cuales se haya celebrado el contrato de fideicomiso, en atención al interés del fideicomitente, lo que se traduce en la ejecución por parte del fiduciario de una sola actividad, que al cumplirse se extingue el fideicomiso; o bien la ejecución de un número significativo de actividades que se van realizando paulatina y constantemente durante la vigencia del contrato. Es de tracto sucesivo porque la ejecución del fideicomiso no se da en un solo acto, sino es una sucesión de varios, en la forma y plazo convenidos, hasta llegar a su conclusión.
- Bilateral: en virtud que del contrato de fideicomiso nacen derechos y obligaciones recíprocas para las partes intervinientes, quienes pueden compelerse unas a otras para su efectivo cumplimiento, la característica de sinalagmático de este contrato parece a todas luces evidente. Sin embargo, algunos juristas afirman que el fideicomiso puede ser un acto jurídico unilateral, según se trate de un fideicomiso instituido por testamento, y sostienen esta postura al establecer que la sola



manifestación de voluntad del fiduciario sea aceptando o rechazando

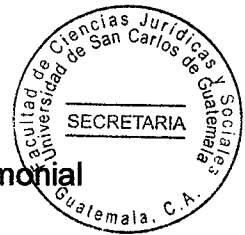
nombramiento, es productora de efectos jurídicos. A pesar de lo anterior, la doctrina y la mayoría de las legislaciones se inclinan por regular al fideicomiso como un contrato bilateral, constituido por el acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y el fiduciario.

- Solemne: esta característica es determinante según la legislación que se trate. En la legislación de Guatemala, que es la que atañe la presente investigación, el Código de Comercio establece en su Artículo 771, que el contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, y que la aceptación del fiduciario debe ser expresa en el mismo acto de su suscripción. Sin embargo, esta regla general tiene su excepción, y es la contenida en el Artículo 76 del Decreto número 34-96 del Congreso de la República, Ley del Mercado de Valores y Mercancías que regula en su párrafo tercero que: “El documento constitutivo de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones podrá constar en documento privado...”. De la lectura del referido Artículo puede apreciarse que es potestativo de las partes suscribir el contrato en documento privado; sin embargo, la práctica ordinaria favorece la suscripción mediante escritura pública. Como complemento a esta característica de solemnidad, los bienes que se transmitan en fideicomiso, cuando sea el caso, deben ser inscritos, registrados o endosados a favor del fiduciario, afectándolos a los fines del fideicomiso específico.
- Fin lícito: se refiere al objeto del fideicomiso, es decir, las actividades que se realizarán dentro del contexto del contrato derivado de la afectación misma de bienes al fiduciario. En otras palabras, el objeto del fideicomiso debe ceñirse a un fin lícito.

No está de más establecer que estas actividades o finalidades deben regularse dentro de un marco legal y comprender, así mismo, bienes que sean de lícito comercio. Es por ello por lo que de conformidad con el numeral 1º del Artículo 789 del Código de Comercio, se prohíbe la constitución de fideicomisos secretos, siendo nulos los que se lleguen a constituir de tal manera.

Adicionalmente a estas características, hay otras que se refieren más a la esencia el contrato de fideicomiso en sí, que, a la forma, siendo las siguientes:

- La confianza: desde sus orígenes, esta es la característica más importante del Fideicomiso, sobre la cual gira todo su contenido. Como se mencionó anteriormente, la palabra fideicomiso proviene del latín fides, que se traduce en confianza. Esta confianza juega un doble papel; confianza del titular de ciertos bienes y derechos que los transmite a otro, quien los recibe para realizar con ellos el encargo que se le ha encomendado. Es por esta razón por la que se afirma que los negocios fiduciarios son *intuitu personae*, es decir, en consideración a la persona, basados en el conocimiento de quien delega y quien los administra.
- Patrimonio autónomo: la conformación de un patrimonio autónomo o de afectación constituye uno de los elementos más sobresalientes de la figura del fideicomiso, pues permite que los recursos puestos en fideicomiso no se confundan contable ni jurídicamente con los del propio fiduciario, ni aún con otros recursos fideicometidos que éste pudiera tener bajo su administración.
- Inembargabilidad: esta característica presente en la legislación guatemalteca es consecuencia de la conformación de ese patrimonio autónomo, ya que por la



transmisión de bienes que se hace, éstos quedan afectos a una esfera patrimonial totalmente distinta de aquella de quien los aportó y de aquella de quien los recibe. Por lo tanto, ni los acreedores de éste (fiduciario) ni los acreedores del primero (fideicomitente) o bien del fideicomisario, podrán perseguir bienes que se encuentren fideicometidos o, en otras palabras, los bienes fideicometidos se encuentran excluidos de la garantía general de sus acreedores. (Artículo 782 Código de Comercio). La única excepción al beneficio de que los bienes sean inembargables se refiere a los frutos de los bienes, los cuales sí son susceptibles de ser embargados, tal como lo establece el Artículo 782 del Código de Comercio, que señala que los frutos generados o percibidos por los bienes transmitidos al fideicomiso si son susceptibles de embargo. No obstante, para que los bienes aportados a un fideicomiso tengan efectivamente efectos contra terceros, es necesario, para el caso de bienes susceptibles de registro, hacer la anotación correspondiente, y para el caso de los bienes que no son objeto de registro, dar el aviso correspondiente al Fiduciario quien, para este único efecto extenderá constancia de enterado. Los frutos embargados no se harán efectivos al acreedor hasta que el fideicomiso se liquide, o bien, al momento de hacer entrega al fideicomisario de los bienes fideicometidos.

- De libre discusión: se denomina así a los contratos en los que ambas partes están en la posibilidad de fijar libremente sus estipulaciones. Si bien se debe aceptar que la experiencia de las instituciones fiduciarias conlleva que éstas puedan fijar de mejor manera las cláusulas contractuales para la efectividad del negocio, queda siempre en el fideicomitente determinar el patrimonio fideicometido, el fin fiduciario y la

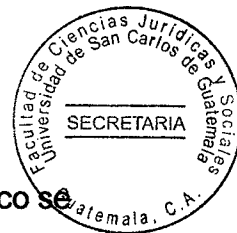
designación del fideicomisario, que son aspectos elementales que conciernen al fideicomitente.

- Servicio bancario: en Guatemala, se califica al fideicomiso como un servicio dentro de las actividades bancarias, como lo indica el Artículo 41 literal e) del numeral 1) de la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Además, el Artículo 768 del Código de Comercio, indica “Fiduciario. Sólo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Las instituciones de crédito podrán asimismo actual como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria”.
- Intuito personae: El termino Intuito Personae “proviene del latín y significa “Atención a la persona“, es usado para describir aquellos contratos hechos entre dos partes y en el cual se debe cumplir a cabalidad.”¹⁰ El fideicomiso se caracteriza por la existencia de una prestación futura basada en la confianza y solvencia del fiduciario, previa una transmisión de dinero o títulos, la obligación que se genera por el fideicomiso y la transmisión de los bienes para crear el patrimonio fideicometido, debe cumplirse lo más exactamente posible, de acuerdo con lo pactado.
- Contrato a favor de tercero: al constituirse el fideicomiso el fideicomisario puede ser una persona diferente del fideicomitente, por lo tanto, el fideicomisario puede que no intervenga en las bases o estipulaciones y del fideicomiso. Por lo anterior, el fideicomiso es un caso de un contrato a favor de tercero porque los beneficios del negocio, por lo general, son a favor de tercera persona, aunque puede ser el propio fideicomitente, el Código de Comercio en el Artículo 769, establece “Fideicomisario puede ser cualquier persona, que en el momento en que de acuerdo con el

¹⁰ <http://conceptodefinicion.de/intuitu-personae/> (Consultado el 22 de mayo de 2017).

fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse de los mimos, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior. El fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso.”

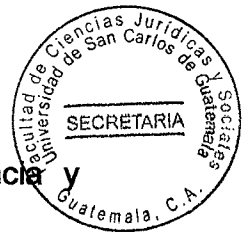
- **Negocio finalista o teleológico:** contrario a la mayoría de los contratos, el fideicomiso debe establecer expresamente su finalidad o propósito, la afectación de los bienes no puede ser infundada, indeterminada ni secreta; ya que no es posible que el fiduciario no tenga limitaciones para el uso de los bienes, pues su deber cardinal es destinarlos única y obligatoriamente en la forma establecida por el fideicomitente y para el beneficio del fideicomisario. El Artículo 766 del Código de Comercio, indica “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.” Según el Artículo anterior, el fiduciario únicamente podrá realizar los contratos o negociaciones para los cuales fue autorizado previamente.
- **Negocio indirecto:** lo considera así porque se recurre a una figura jurídica determinada, cuyo fin práctico no es el negocio en sí, sino la realización de otros posteriores, sea porque son atípicos y se necesita de una forma legal para el efecto; o bien, porque la figura típica no es dinámica, como en el caso del fideicomiso en garantía en vez de constituir una hipoteca o una prenda, el autor Jorge Domínguez Martínez, considera que “no hay que confundir el negocio indirecto con el simulado,



porque el segundo nada tiene de verdadero o pretende un fraude de ley; tampoco se debe asimilarlo al negocio fiduciario de tipo romano porque éste depende de la voluntad del adquirente en cumplir lo solicitado por el enajenante, mientras que en el negocio indirecto se tiene un derecho de crédito para exigir al fiduciario la ejecución del contrato.”¹¹ De acuerdo a lo anterior, el contrato de fideicomiso es el medio por el cual se pueden llegar a celebrar y desarrollar contratos y nuevas relaciones legales posteriormente, por lo tanto se considera indirecto o preparatorio.

- Contrato normativo: un contrato es normativo si se realiza en previsión de una pluralidad de relaciones jurídicas a constituirse entre ellas, donde se determinan previamente, por lo menos en parte, la disciplina jurídica a la cual quedarán sometidas en el caso y la medida en que se constituyan. Se caracteriza por su duración y la de los contratos que se concierten en función de aquél, la heterogeneidad entre el contrato marco y los que se realizan en su virtud y la unificación del régimen aplicable a los contratos derivados, a los cuales se les da un objetivo específico dentro de la ejecución del contrato normativo, muy distinto a los efectos que tuviera sin la existencia de éste.
- Tal es el caso del fideicomiso de administración, donde la finalidad es la correcta explotación de un patrimonio por cualesquiera contratos o medios lícitos; asimismo, el fideicomiso de inversión, para determinar la forma, tiempo, cantidades en la inversión bursátil, siendo cada una relación independiente al fideicomiso del que

¹¹ Domínguez Martínez, Jorge. **El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico**. Pág. 186.



provino los fondos. Las características anteriores se refieren a la esencia y funcionalidad del contrato.

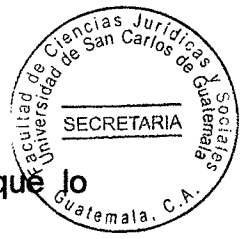
1.5. Naturaleza jurídica del fideicomiso

Para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso es necesario, se analizan tres puntos de vista básicos, el primero se refiere a su categorización como negocio jurídico, el segundo se refiere a una particularidad del derecho de propiedad y el tercero se refiere a ser calificado como una actividad bancaria.

Se considera al fideicomiso como un negocio jurídico, porque voluntariamente se realiza el traspaso o enajenación de los bienes de una persona, a favor de otra, debiendo la persona que los recibe utilizarlos o invertirlos de acuerdo a los fines determinados al momento de realizar el traspaso de los bienes a su favor.

“Desde el punto de vista del derecho de propiedad, el fideicomiso significa la creación de un régimen nuevo: al afectar ciertos bienes y derechos a fines determinados y trasladarlos con ese objeto al fiduciario, se constituye un patrimonio autónomo. El fiduciario es titular de ese patrimonio, el cual no se confunde con su masa patrimonial, sino que se mantiene separado afectado a los fines instituidos por el fideicomitente. El fiduciario es titular jurídico del patrimonio fideicometido; titulares económicos con el fideicomitente y el fideicomisario, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.”¹²

¹² Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 568.



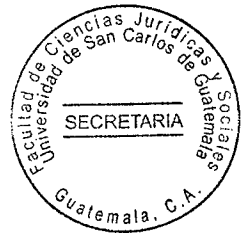
El patrimonio del fideicomiso es separado del patrimonio del fiduciario, aunque lo administra no puede disponer libremente de él, se encuentra sujeto a las instrucciones del fideicomitente, además, quien recibe los beneficios y frutos del patrimonio fideicometido puede ser el fideicomitente o el fideicomisario, de acuerdo a lo establecido al momento de constituirse el fideicomiso.

En cuanto a la actividad bancaria, se considera que el fideicomiso es un servicio bancario, ya que únicamente las entidades bancarias y las entidades de crédito, debidamente autorizadas por la ley, pueden realizar la función de fiduciario; aunque la entidad bancaria o crediticia que realiza la función de fiduciario no percibe los frutos directos del patrimonio fideicometido, únicamente la administración y representación de los mismos, sí obtiene una remuneración por desempeñar la función de fiduciario, siendo esta remuneración el lucro que obtiene por realizar el servicio, o sea se considera que obtiene o cobro honorarios por realizar la actividad, acordada por el fideicomitente y el fiduciario, la misma queda identificada en el contrato.

Por ser esencial que el fiduciario sea una entidad bancaria o de crédito, hace que el contrato de fideicomiso sea de carácter exclusivamente mercantil, ya que es un negocio que requiere de la existencia de una empresa para poder realizarlo.

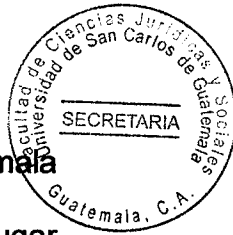
1.6. Tipos de fideicomiso

Las clases de fideicomiso no son un problema de legislación. En la doctrina se señalan tantas clases de fideicomisos, como fines de pretender lograr con él.



- Fideicomisos para encargos específicos: para un contrato específico.
- Fideicomisos de fomento: para el fomento de la garantía.
- Fideicomisos en que los fideicomisarios no están específicamente designados: sino que son grupos sociales en los que el Estado cree tener el deber de intervenir para resolver problemas de desarrollo.
- Los fideicomisos en que los fideicomisarios son otras entidades del gobierno.
- Fideicomisos en los que los fideicomisarios es el propio fideicomitente.
- Fideicomiso de garantía: "Es el fideicomiso que se instituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. En este caso suele recaer sobre bienes inmuebles y cumple una función accesoria a la obligación garantizada. Substituye a la hipoteca y a la prenda porque es más sencillo el procedimiento para ejecutar la garantía. Este fideicomiso se encuentra previsto en el artículo 791 del Código de Comercio, y en el que se establece que, si hay incumplimiento de la obligación garantizada, se promueve la venta en subasta pública ante notario para saldar la obligación. El acreedor puede ser postor, pero no puede adquirirlos por otro procedimiento. El fiduciario no puede ser acreedor beneficiado con la garantía."¹³ En el sentido de garantizar un crédito se considera que es más efectivo constituir un fideicomiso de garantía que el constituir la prenda o hipoteca sobre un bien mueble e inmueble, ya que al ser una entidad bancaria o de crédito la encargada de administrar la garantía, las probabilidades de cumplimiento de la obligación son mayores, que si la administrara una persona particular.

¹³ Villegas Lara René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 146.



“Una forma de fideicomiso de garantía puede presentarse cuando un deudor en mala situación de negocios y con dificultad en su manejo, convoca a sus acreedores y, en lugar de utilizar un procedimiento judicial como un concurso de acreedores o a una quiebra, según el caso, conviene con ellos en entregarle los bienes a una entidad fiduciaria para que los administre, restablezca el equilibrio de la empresa y proceda a cancelar las obligaciones a medida que la recuperación vaya produciéndose.”¹⁴

Al momento de trasladar el bien a un patrimonio fideicometido con la finalidad de cumplir con las obligaciones ya adquiridas y teniendo el consentimiento de los acreedores, se considera que no hay mala fe de parte del deudor al traspasar la propiedad del bien al patrimonio del fideicomiso.

Fideicomiso de administración: “El fiduciario administra los bienes fideicometidos; otorga contratos de arrendamiento, cobra rentas, paga impuestos, ejecuta la voluntad del fideicomitente claramente establecido en el contrato de fideicomiso, toma medidas de conservación de los bienes en beneficio del fideicomisario. Dicha administración, desliga al propietario de los bienes cedidos al patrimonio fideicometido, del manejo de sus bienes, por motivos de salud, edad, otros negocios a favor de menores”.¹⁵

En el fideicomiso de administración, el fideicomitente se desliga de la administración de sus bienes, ya que previamente definió el objetivo o finalidad que cada uno de ellos tendrá, el fiduciario se encargará de cumplir fielmente con la finalidad del fideicomiso, de acuerdo con las instrucciones recibidas al crearse el fideicomiso.

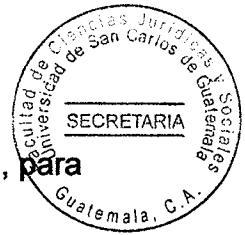
¹⁴ Rodríguez Azuero. **Op. Cit.** Pág. 667.

¹⁵ Villegas Lara. **Op. Cit.** Pág. 146.



Fideicomiso de inversión: “Se da cuando el fideicomitente transfiere bienes o derechos destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso. Por lo general el fideicomitente el fideicomisario; y el fiduciario se encarga de conceder préstamos con los bienes fideicometidos, aunque no necesariamente con operaciones de mutuo las que se van a ejecutar. Estos fideicomisos se han usado en Guatemala para la construcción de viviendas y son los que permiten la creación de certificados fiduciarios. Esta modalidad el fideicomitente persigue encargar al fiduciario operaciones de inversión con el bien fideicometido para obtener ganancia. De acuerdo con la experiencia en la elaboración y administración de fideicomisos se debe sumar a la citada clasificación el fideicomiso, de entidades estatales y el de entidades de particulares. Ocurre cuando el fideicomitente transfiere bienes destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso. Por lo general el fideicomitente el fideicomisario y el fiduciario se encarga de conceder préstamos con los bienes fideicometidos, aunque no necesariamente con operaciones de mutuo las que se van a ejecutar. Estos fideicomisos se han usado en Guatemala para la construcción de viviendas y son los que permiten la creación de Certificados Fiduciarios. En síntesis, por esta modalidad persigue el fideicomitente encargar al fiduciario operaciones de inversión con el bien fideicometido, a efecto de obtener garantía.”¹⁶ Se considera que el fideicomiso de inversión es todo negocio, con transmisión en propiedad fiduciaria, que tenga como finalidad principal o específica la inversión, por medio de un fiduciario, de recursos financieros con arreglo a las instrucciones o reglamento establecido por el o los

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 146.



constituyentes, para beneficio de éstos o de terceros (beneficiario y fideicomisario), para aplicarlos a los fines predeterminados.

Según la clasificación anterior, el contrato se clasifica atendiendo la finalidad y objetivos que tendrán los bienes que forman el patrimonio del mismo.

1.7. Elementos del fideicomiso

Como todo contrato, el fideicomiso tiene elementos personales y elementos reales. Los elementos personales, se refieren a los sujetos o partes involucradas en el contrato, y los elementos reales, se refiere a los bienes y derechos que se afectan por la celebración del contrato de fideicomiso.

1.7.1. Elementos personales del fideicomiso

El contrato de fideicomiso se da entre dos partes llamadas fideicomitente y fiduciario; aunque la relación fiduciaria se da entre tres sujetos los antes mencionados más el beneficiario o sea el fideicomisario, que puede o no ser el fideicomitente.

Fideicomitente: Se define al fideicomitente como "cualquier persona natural o jurídica con capacidad para disponer de sus bienes, que los transmite al fiduciario para afectarlos a un fin lícito y determinado. Del anterior se desprende que, como requisito indispensable para ostentar la calidad de fideicomitente, es necesario tener capacidad legal. Sin embargo, esto no excluye a que por los menores o incapaces comparezcan sus representantes legales con la debida autorización judicial a otorgar y suscribir el contrato



de fideicomiso, y de esa cuenta afectar los bienes de sus representados.”¹⁷ El fideicomitente puede ser una persona individual o una persona jurídicas, siempre que se encuentre en el goce de sus derechos civiles, si se tratara de una persona que no tenga capacidad de ejercicio tendrá que comparecer a otorgar el contrato su representante legal.

El rol del fideicomitente, como impulsor de los actos que han de llevar a la constitución del fideicomiso, consiste en:

- La designación del fiduciario, en virtud de la confianza que se deposita en él.
- La decisión de desposeerse de ciertos bienes de su propiedad y transferirlos al fiduciario.
- La especificación de los fines para los cuales es instituido el fideicomiso y, en particular, el nombramiento de los beneficiarios en interés de quienes habrá de actuar el fiduciario.

Fiduciario: “El fiduciario es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es pues, no solo un propietario frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad del constituyente expresado por acto entre vivos o por testamento.”¹⁸

El fiduciario es la persona encargada de realizar y ejecutar el fideicomiso, de acuerdo con las instrucciones recibidas por el fideicomitente. De acuerdo con la legislación

¹⁷ Rodríguez Azuero, Sergio. **Op. Cit.** Pág. 633.

¹⁸ **Ibid.**

guatemalteca, solamente pueden ser fiduciarios los bancos establecidos en el país y las instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria para realizar actividades de fiduciarias. “Es importante destacar la presencia de entes de existencia ideal, generalmente organizados como sociedades anónimas, que se dedican a la tarea de fiduciarios con carácter profesional, cuentan con personal capacitado, sistemas administrativos, resguardos de confidencialidad y mecanismos de control interno que les permiten asumir la tarea del fiduciario en múltiples casos simultáneamente y por periodos de extensa duración.”¹⁹ La finalidad de que una entidad bancaria o financiera sea la única que puede tener el rol de fiduciario es que pueda cumplir y administrar correctamente el fideicomiso, ya que cuenta con el personal capacitado y especializado para realizar el servicio profesional requerido en el fideicomiso.

“El fiduciario no se convierte en propietario de los bienes fideicomitados, sino que será simple titular de dichos bienes y derechos, en la medida establecida por el acto constitutivo o determinada por los fines del fideicomiso.”²⁰ Tal como ya se ha mencionado, el fiduciario no es el propietario exclusivo de los bienes fideicomitados, únicamente es el administrador o encargado de que cada uno de los bienes cumpla con su finalidad, ya que al finalizar el fideicomiso los bienes podrían volver al fideicomitente o a al fideicomisario, su fueran personas diferentes.

Fideicomisario o Beneficiario: “Es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y eventualmente, los

¹⁹ Campbell Black, Henry. *Black's Law Dictionary, fifth Edition*. Pág. 1358.

²⁰ Vásquez Martínez, Edmundo. *Op. Cit.* Pág. 569.

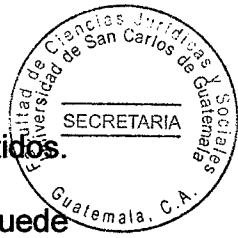


mismos bienes fideicomitidos al vencimiento del término estipulado.”²¹ El fideicomisario es la persona que recibirá los beneficios del fideicomiso, además al finalizar el plazo del contrato podrá recibir los bienes que forman el patrimonio fideicometido.

“El fideicomisario debe ser una persona capaz de recibir derechos, lo que conduce a afirmar que toda persona puede ser fideicomisario, pues por hecho de serlo goza de capacidad general o de goce. Debe hacerse hincapié, sin embargo, en que la persona no puede tener incapacidades particulares o inhabilidades cuando deba recibir los bienes fideicometidos y éstos se transmitan por vía testamentaria. Quien de conformidad con las leyes de un país sea indigno o incapaz de recibir determinados bienes o de ciertas personas por vía sucesoral, no podría adquirirlos pues tampoco a través del negocio fiduciario porque lo que se busca con las disposiciones respectivas es evitar que el fideicomiso permita realizar negocios prohibidos por la ley. Por lo demás un incapaz de ejercicio, un menor de edad, por ejemplo, podrá ser beneficiario sin dificultad alguna y actuará ante el fiduciario y ante terceros a través de su representante legal. Recuérdese, si fuera necesario, que una de las razones que explican numerosas modalidades del fideicomiso es la de transmitir bienes en beneficio de incapaces, que por no poder valerse por sí mismos quieren ser protegidos por el constituyente mediante la transferencia de unos bienes a una entidad seria y profesional con es el banco.”²²

²¹ Black's Law Dictionary. **Op. Cit.** Pág. 635.

²² **Ibíd.** Pág. 635.



El fideicomisario es el destinatario final o natural de los bienes fideicometidos.

Normalmente, el beneficiario y el fideicomisario son una misma persona. Pero puede ocurrir que no sea la misma persona, pues la de ser un tercero, o el propio fiduciante.

En el Artículo 778 del Código de Comercio ubicamos los derechos del Fideicomisario: “El fideicomisario tiene los derechos siguientes: 1º. Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo. 2º. Exigir al fiduciario el cumplimiento de fideicomiso. 3º. Pedir la remoción del fiduciario por las causales señaladas en el Artículo 786 de este Código. 4º. Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o infracción de las disposiciones que se rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituya al fiduciario de los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido. 5º. Revisar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoría.”

El fideicomisario tiene los siguientes derechos: ejercitar los que le confiere la ley y el instrumento constitutivo; exigir el cumplimiento anteriormente expuesto; impugnar los actos realizados por el fiduciario cuando manifiesta mala fe o con infracción de las reglas del fideicomiso, exigiendo restitución de los bienes que hubieren salido del patrimonio fideicometido como consecuencia de los actos impugnados; y, revisar por medio de apoderado, los libros, cuentas y comprobantes sobre las operaciones del fideicomiso y mandar a practicar auditoría.



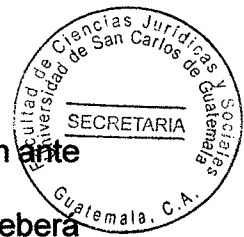
1.7.2. Elemento real

En cuanto al elemento real del fideicomiso, "los bienes y derechos que se afectan a fines determinados, transmitiendo su titularidad al fiduciario y las obligaciones que surjan del fideicomiso como negocio jurídico, son sus elementos reales. Respecto de los bienes y derechos cabe decir que pueden fideicometerse todos aquellos que pertenezcan al fideicomitente sin limitación alguna. Los bienes y derechos fideicometidos forman el patrimonio del fideicomiso."²³

De acuerdo a lo citado anteriormente, el elemento real del fideicomiso se forma por todos los bienes muebles, inmuebles, derechos y acciones que conforman el patrimonio fideicometido, que el fideicomitente enajena para formar el fideicomiso y que el fiduciario administra.

El Patrimonio fideicometido llamado también patrimonio fiduciario, es constituido por el conjunto de bienes y derechos que el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria. Los bienes fideicometidos se sustraen a la persecución de los acreedores con el objeto de que se puedan cumplir los objetos del negocio, de manera que no pueda ser embargada la cuota que sobre los mismos tenga el fideicomisario, aunque si están los efectos y los frutos a que tenga derecho, según el caso, ya que habría que establecer si no están comprendidos dentro de regiones no embargables que estipulen otras disposiciones legales. Lo que si puede lograrse sobre el patrimonio fideicometido es una anotación, a fin de que al finalizar el fideicomiso y proceder a devolver o adjudicar los

²³ Vásquez Martínez. **Op. Cit.** Pág. 570.



bienes, si puedan hacer valer las acreedorías, prevención que puedan ser aptos aun ante bienes no sujetos al registro, haciéndole saber tal circunstancia al fiduciario, quien deberá extender constancia de enterado y tenerla en cuenta al momento de liquidar al fideicomiso.

El Artículo 777 del Código de Comercio, establece que “El patrimonio fideicometido, solamente responderá 1º. Por las obligaciones que se refieren a fin de fideicomiso. 2º. De los derechos que se haya reservado al fideicomitente. 3º. De los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso. 4º. De los derechos adquiridos legalmente por terceros, inclusive fiscales, laborales y de cualquier otra índole. 5º. De los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso.”

Desde el momento en que se hace la afectación de los bienes al fin fiduciario, el fideicomitente o propietario original de los bienes, no puede vender, gravar, usar, aprovechar ni desmembrar la cosa, ya que, a partir de dicho momento, dejó de ser el propietario. Por su parte, el fiduciario, tampoco la puede vender, gravar, usar, aprovechar ni desmembrar a no ser que el fideicomitente le haya estipulado de manera específica. El fideicomisario no podrá disponer libremente de los bienes el fideicomisario, ni modificar las instrucciones dadas por el fideicomitente al fiduciario, ya que los bienes que forman el patrimonio fiduciario, aún no le pertenecen.

1.8. El patrimonio fideicometido

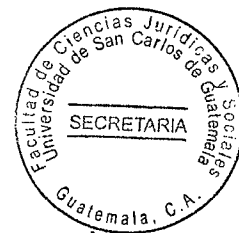
“En el fideicomiso el fideicomitente lo que hace es precisamente separar ciertos bienes y derechos de su patrimonio, integrándolos en una situación unitaria a la que atribuye fines



determinados, y sobre la cual inciden derechos y obligaciones propios. Ahora bien, para que ese patrimonio autónomo pueda cumplir los fines que el fideicomitente le ha fijado, éste le transmite al fiduciario su titularidad, esto es, la cualidad jurídica que le confiere la posibilidad de ejercitar el poder y la responsabilidad que el mismo implica y que delimitan los fines del fideicomiso. La titularidad del fiduciario no implica propiedad. El patrimonio fideicometido puede estar formado por bienes y derechos e incluso derechos sobre bienes. Como masa de responsabilidad la ley protege al patrimonio fideicometido disponiendo la inembargabilidad de los derechos que el fideicomisario pueda tener en el fideicomiso y estableciendo que solamente responde: por las obligaciones que se refieran al fin del fideicomiso; de los derechos que se haya reservado el fideicomitente y de los que para él se deriven del fideicomiso; de los derechos adquiridos legalmente por terceros, ya sean fiscales, laborales u otros; y de los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso.”²⁴

De acuerdo a lo citado, el fideicomitente separa de su patrimonio los bienes que desea que formen parte del patrimonio del fideicomiso, a favor de un fideicomisario quien recibirá los beneficios de la administración de los bienes y transfiriendo al fiduciario la titularidad de los mismo, lo que significa que el fiduciario administra los bienes pero no le pertenecen, ni puede disponer libremente de ellos, sino únicamente en la forma pactada y de acuerdo a la voluntad del fideicomitente al realizar el contrato de fideicomiso, donde se establecen claramente las obligaciones del fiduciario.

²⁴ **Ibíd.** Pág. 573.

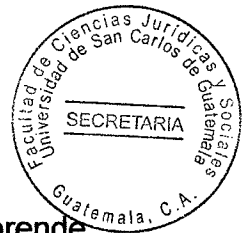


1.9. Terminación del fideicomiso

El fideicomiso puede terminar o finalizar por varias razones, una de las causas de terminación del fideicomiso, es la realización de sus objetivos al vencimiento del plazo o al cumplirse la condición según el contrato. La otra enfrenta la disolución anticipada por obra de las circunstancias, lo cual puede significar la frustración de dichos objetivos. Producido el hecho que configuraba la condición, transcurrido el tiempo previsto, el fideicomiso ha servido a los propósitos de las partes y debe entrar en liquidación.

El Artículo 787 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio, regula "El fideicomiso termina: 1º. Por la realización del fin para el que fue constituido. 2º. Por hacerse imposible su realización. 3º. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto. 4º. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario. 5º. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho en el documento constitutivo. 6º. Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo. 7º. Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social. 8º. Por sentencia judicial".

El Artículo citado enumera claramente las razones por las cuales el contrato de fideicomiso puede terminar sin que se haya cumplido con el plazo del contrato, siendo la última razón para finalizar el fideicomiso, el vencimiento del plazo del contrato, en cualquiera de los casos el fiduciario deberá liquidar el patrimonio fideicometido, de acuerdo a lo estipulado en el contrato.



1.10. Liquidación del fideicomiso

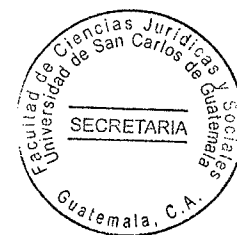
La liquidación del fideicomiso consiste en el ajuste y rendición de cuentas, y comprende la realización de operaciones financieras y contables previas a efectuar la devolución del patrimonio fideicometido. Además, se refiere a determinar el valor de dicho patrimonio, ordenar y saldar las cuentas pendientes y gestionar el traslado del efectivo y demás derechos y obligaciones del fideicomiso. En el procedimiento de la liquidación se debe de determinar la responsabilidad y las atribuciones de los sujetos que intervinieron en el fideicomiso, a fin de garantizar la transparencia y rendición de cuentas de los responsables.

1.11. Entrega de los bienes

Conforme al contrato de fideicomiso, después de transcurrido cierto tiempo o cumplida una condición, el titular del dominio fiduciario ha de entregar la cosa a q corresponda, según lo pactado en la constitución del fideicomiso, puede ser el mismo fideicomitente o un tercero que sería el fideicomisario.



CAPÍTULO II



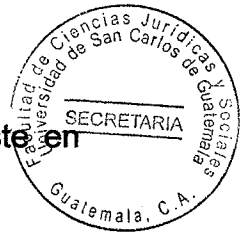
2. Estudio comparado

En este capítulo se presenta un estudio comparado de los elementos personales y algunas variantes en la regulación del fideicomiso, en algunos de los países de la región de Norte América y Centro América, siendo estos países México, Guatemala, Costa Rica y Honduras.

Al examinar los elementos personales del Fideicomiso en las distintas legislaciones en centro y norte américa, se identificaron los siguientes: fideicomitente, fiduciario y el fideicomisario, no así el comité técnico del fideicomiso, aunque este tema no está regulado por la mayoría de las legislaciones, son pocas las legislaciones latinoamericanas que sí lo hacen, tales como las de Costa Rica, Honduras y México, por ejemplo, que si contemplan al comité técnico en su legislación. Se trata de la existencia de los comités fiduciarios, juntas de fideicomiso y demás organismos creados o concebidos contractualmente, que suelen guiar o determinar actuaciones del fiduciario.

La legislación mexicana es una de las legislaciones en donde la aplicación del contrato del fideicomiso ha cobrado auge, mediante la Ley general de títulos y operaciones de crédito, amplía el contrato del fideicomiso, se establece que puede ser fiduciario además de las instituciones bancarias, las casas de bolsa, por lo que le son aplicables las disposiciones del mercado Bursátil.

También se resalta que dicha legislación, tiende a conferirle equivocadamente el carácter de contrato mediante el cual el fideicomitente transfiere al fiduciario parte de su patrimonio

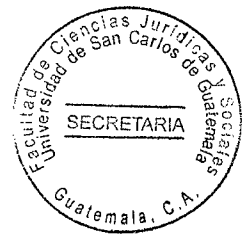


con el propósito de que este realice un fin lícito, el que, en ocasiones, consiste en beneficiar a un fideicomiso público o fideicomiso privado.

Según la legislación de Costa Rica en cuanto al contrato de fideicomiso, la función de fiduciario, la puede realizar una persona jurídica o una persona individual, contrario al sistema guatemalteco, que permite únicamente a personas jurídicas y que únicamente pueden ser bancos o entidades financieras, debidamente autorizadas y supervigiladas por la Superintendencia de Bancos. La función de fiduciario podrá ser cumplida por una o varias personas, la ley permite que esta función sea delegable a otra persona que disponga el fiduciario; si el titular o el suplente no realiza correctamente sus funciones o actúa de mala fe, podrá ser removido judicialmente.

En cuanto a la legislación hondureña, se diferencia de otras legislaciones, porque permite al fideicomisario elegir al fiduciario que administrará y cumplirá con el fideicomiso, si al momento de constituirse el fideicomiso no se indica la institución bancaria que tendrá la función de fiduciario, ya que únicamente los bancos debidamente autorizados pueden cumplir con la función de fiduciario, no permitiendo que personas individuales o personas jurídicas con objeto diferente a un banco sean fiduciarios.

En cuanto a la legislación guatemalteca, coincide en algunos aspectos con la regulación legal de los Estados Unidos Mexicanos, Costa Rica y Honduras. Aunque los países mencionados, coinciden y se diferencian en algunos aspectos, todos tienen como base el derecho romano.



2.1. Fideicomiso en México

El fideicomiso en los Estados Unidos Mexicanos se encuentra regulado principalmente en la Ley general de títulos y operaciones de crédito, aunque se encuentran vigentes otras leyes que regulan el fideicomiso en casos específicos, incluyendo el aspecto fiscal del fideicomiso, entre estas leyes se pueden mencionar principalmente a las siguientes:

- Ley de Instituciones de Crédito.
- Ley que Regula los Fideicomisos con Participación Estatal.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Ley de Instituciones de Seguros de Fianza.
- Ley de Coordinación Fiscal.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
- Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Según la legislación mexicana, se reconocen dos clases de fideicomisos, los privados y los públicos, esta clasificación se basa en los objetivos y características del fideicomitente y de fiduciario.

Entre los fideicomisos privados, cabe mencionar el Fideicomiso de inversión, que tiene como objetivo que el patrimonio fideicometido sea utilizado en operaciones económicas rentables, tales como créditos, valores en renta fija y variable, inmuebles, fondos de ahorro, planes de pensión, etc.



Fideicomiso de garantía y fuente alterna de pago, en esta clase, el fiduciario recibe los bienes o derechos que forman el patrimonio fideicometido, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación principal, que previamente había adquirido el fideicomitente, por tratarse de una garantía de pago, se considera un contrato accesorio a un negocio principal.

En el contrato de fideicomiso de administración, el fiduciario recibe los bienes o derechos fideicometidos y realiza las inversiones señaladas en el contrato de fideicomiso. Donde el fideicomitente, quien es dueño de los bienes busca un rendimiento a través de la inversión.

La clasificación del fideicomiso depende de las finalidades de cada contrato, por ejemplo: Fideicomisos Testamentarios, fideicomisos de inversión, etc.

“Fideicomisos de Infraestructura y Bienes Raíces, mejor conocidos como FIBRAS, estos se caracterizan por ser vehículos financieros que, al ser listados en la Bolsa Mexicana de Valores, se hacen acreedores a ciertos estímulos fiscales. Pueden ser constituidos como fideicomisos o sociedades anónimas en cuyos fines estén: La adquisición o construcción de bienes raíces destinados al arrendamiento, la adquisición de derechos sobre bienes inmobiliarios, el otorgamiento de financiamiento para bienes inmuebles con garantía hipotecaria, la distribución frecuente de dividendos (mínimo 95% de la utilidad fiscal neta), el ostentar un mínimo de 70% de su patrimonio, en inversiones inmobiliarias y el resto en valores gobierno o en sociedades inversión.”²⁵ Los fideicomisos de infraestructura y

²⁵ <https://todosobrelaley.wordpress.com/2011/11/01/definicion-y-regulacion-del-fideicomiso-mexicano/> (Consultado 16 junio 2017).

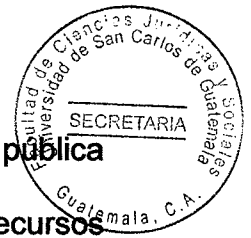


bienes raíces reciben beneficios fiscales y se encuentran dentro de la bolsa de valores de los Estados Unidos Mexicanos.

La Ley orgánica de la administración pública federal, en el artículo 47, regula los fideicomisos públicos, indicando que los fideicomisos públicos son todos aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos.

En los Estados Unidos Mexicanos, por ser un Estado Federado, las leyes mexicanas determinan que los fideicomisos públicos se crean con la finalidad de auxiliar al Ejecutivo Federal, o sea que su finalidad es ayudar a que el Ejecutivo que tiene la obligación de promover el desarrollo en el país en general, cumpla con su función, por medio de los fideicomisos establecidos para ese fin.

“En la administración pública existen dos tipos de fideicomisos: los públicos y los mixtos. Los primeros son todos aquellos constituidos por el gobierno federal o cualquiera de las entidades para estatales y dependencias de la administración pública federal, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo. Algunos de estos fideicomisos públicos cuentan con una estructura orgánica análoga a las otras entidades de la administración pública federal y cuentan con comités técnicos. En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal o sus dependencias, el fideicomiso se establece por conducto de la Secretaría de Hacienda



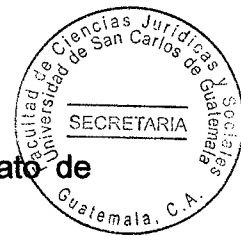
y Crédito Público que funge como fideicomitente único de la administración pública centralizada, y en el cual inicialmente la integración del patrimonio se realiza con recursos públicos federales, pudiendo, posteriormente, recibir aportaciones de personas públicas o privadas... Generalmente el presidente de la República, a través del secretario de Hacienda y Crédito público, designa a los miembros del comité técnico. Teóricamente, estos integrantes deberían ser técnicos o especialistas en los temas de interés del fideicomiso.²⁶ Al incluirse comités técnicos que administren el fideicomiso, se busca que sean personas idóneas, deben ser profesionales de la materia de que se trata el fideicomiso.

En cuanto a los sujetos del fideicomiso o elemento personal del contrato, que coinciden con la mayoría de las disposiciones legales de otros países, que son el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

La legislación mexicana establece como fideicomitente a la persona que transfiere parte de su patrimonio para la realización de un fin lícito; el fiduciario, es aquel a quien se le ha transferido la propiedad de dichos bienes y sobre la que recae la obligación de realizar un fin determinado, que siendo en la mayoría de los casos una entidad bancaria o casa de bolsa. El fideicomisario es la persona que recibe los beneficios de la realización del bien encomendado.

Al momento de formalizarse el contrato de fideicomiso, la entidad fiduciaria puede auxiliarse de un comité técnico que dirija las actividades del fideicomiso, debiéndose

²⁶ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2724/18.pdf> (Consultado 20 junio 2017).



especificar las funciones y alcances que tendrá el comité técnico en el contrato de fideicomiso.

En el caso de los fideicomisos públicos, las funciones del comité técnico se establecen mediante reglamentos que regulan el fideicomiso público. Un ejemplo de estos reglamentos y la forma en regulan al comité técnico del fideicomiso, es el Reglamento interno del comité técnico del fideicomiso para el pago de servicios ambientales hidrológicos del Estado de México (FIPASAHM), que en el Artículo 1, indica que el objeto del reglamento mencionado, es el regular la organización y funcionamiento del Comité Técnico del Fideicomiso para el Pago por Servicios Ambientales Hidrológicos del Estado de México, conforme a las disposiciones contenidas en el Acuerdo del Ejecutivo por el que se crea, así como las previstas en el Contrato de Fideicomiso Público de Administración e Inversión correspondiente.

El Artículo 2 del mismo reglamento, define con claridad qué es el comité técnico, indicando que es el órgano de gobierno del fideicomiso, encargado del desarrollo y coordinación de éste, tomando bajo su responsabilidad la aprobación y la distribución de los fondos que tiene como objetivo alcanzar de manera eficaz la operación, seguimiento, supervisión, evaluación y control del Fideicomiso.

De acuerdo a lo expuesto y ejemplo citado, el comité técnico es el encargado de dirigir y desarrollar el fideicomiso, por lo que es de vital importancia que sea integrado por personas que tengan la preparación académica y experiencia relacionada con el objeto del fideicomiso.



En los fideicomisos públicos el presidente de la República de los Estados Unidos Mexicanos, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, eligen a las personas que serán parte del comité técnico del fideicomiso, y en los fideicomisos privados el comité técnico es integrado por las personas que designe el fideicomitente.

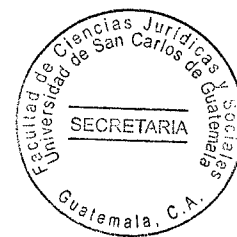
“Las decisiones del Comité Técnico y todas las instrucciones se tomarán por la cantidad de miembros que indique el fideicomitente, por mayoría o incluso por unanimidad. Entre las decisiones que tomara el comité técnico, se encuentran las siguientes: revisar y aprobar el presupuesto anual, revisar y en su caso tomar conocimiento de la información contable y financiera, determinar por escrito la estructura, honorarios y demás contraprestaciones del personal, acordar la política de la inversión de los recursos en numerario del patrimonio del presente fideicomiso.”²⁷

El comité técnico es de vital importancia en los fideicomisos mexicanos, ya que sus miembros son los que toman las decisiones de administración e inversión que se ejecutan con el patrimonio fideicometido, sin llegar a reemplazar al fiduciario, quien es la persona encargada de ejecutar las decisiones tomadas por el comité técnico, tomando de base para decidir, las instrucciones dadas por el fideicomitente.

2.2. Fideicomiso en Guatemala

Los principales cuerpos legales que regulan el fideicomiso, realizados con fondos del Estado de Guatemala, son:

²⁷ <https://definicionlegal.blogspot.com/2013/08/fideicomitente-fiduciario.html> (Consultado 22 junio 2017).



- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, y su reglamento.
- Código de Comercio.
- Ley Orgánica del presupuesto, y su Reglamento.
- Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento.
- Manual para la administración de fondos públicos en fideicomiso.
- Los fideicomisos realizados con fondos del Estado de Guatemala deben presentar informes a la Contraloría General de Cuentas.

De acuerdo al Manual para la administración de fondos públicos en fideicomiso, establece como dependencia responsable de la acción del fideicomiso, al fideicomitente o unidad ejecutora, que sería similar a los comités técnicos de los fideicomisos públicos mexicanos, ya que dirige y programa el presupuesto y manejo del fideicomiso.

No todos los fideicomisos con fondos del Estado de Guatemala, tiene una unidad ejecutora, sino únicamente la entidad fideicomitente, que, por tratarse de entidades financieras o bancarias, son supervisadas por la Superintendencia de Bancos de Guatemala.

Según estadísticas de la Superintendencia de Bancos, las entidades financieras que más fondos y bienes en fideicomiso manejan son el Banco de Desarrollo Rural, S.A. (BANRURAL), y el Banco Industrial, S.A. (BI),²⁸ siendo estos dos bancos las principales entidades fiduciarias del país, se considera prudente mencionar concisamente la forma

²⁸ <https://www.sib.gob.gt/ConsultaDinamicaMovil/?cons=37> (Consultado 27 julio 2017).



en que cada uno maneja el fideicomiso, como modelos o ejemplificaciones prácticas del fideicomiso en Guatemala.

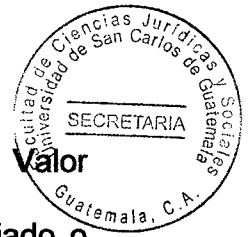
“El Banco de Desarrollo Rural, Sociedad Anónima (Banrural), administra varios fideicomisos con fondos del Estado de Guatemala, con información pública, algunos de los cuales cuentan con la creación de un comité técnico al momento de realizarse la escritura que formalizó el contrato, el Comité Técnico del Fideicomiso es un cuerpo colegiado de asesoría y apoyo en el trabajo técnico del fideicomitente, para la toma de decisiones de las políticas de crédito de acuerdo con los objetivos y destinos del Fideicomiso.”²⁹

El comité técnico se encuentra integrado por personal del banco fiduciario y de la entidad fideicomitente; no es obligatorio que todos los fideicomisos administrados por el Banco de Desarrollo Rural cuentan con estos comités, siendo en estos casos totalmente el Banco fiduciario el encargado del desarrollo y ejecución del fideicomiso a su cargo.

El Banco Industrial, Sociedad Anónima (BI), maneja y promueve los fideicomisos de inversión, de garantía y de administración, dando a conocer los beneficios de cada uno. Utilizando para tales fines un área especializada en la negociación y administración.

Los beneficios de utilizar los fideicomisos de inversión son: “El Patrimonio transmitido es inembargable. Los bienes aportados están separados del activo del Fiduciario y de los demás fideicomisos. La elaboración de Estados Financieros mensuales. Tanto los

²⁹ [http://www.banrural.com.gt/banruralc/Portals/0/pdf/fideicomiso/Credito_Rural/Comite%20Tecnico%20\(Credito%20Rural\).pdf](http://www.banrural.com.gt/banruralc/Portals/0/pdf/fideicomiso/Credito_Rural/Comite%20Tecnico%20(Credito%20Rural).pdf) (Consultado 15 mayo 2017).



aportes como la devolución de bienes al Fideicomitente no generan Impuesto al Valor Agregado. El contrato de fideicomiso es rescindible y susceptible de ser ampliado o modificado, lo cual le da transparencia en el manejo de las operaciones. Seguridad en la inversión de los recursos. Administración imparcial y comercial.”³⁰

Al momento de constituirse el fideicomiso y durante la vigencia del mismo, el fideicomitente goza de varios beneficios, lo que hace atractivo el utilizar este contrato, durante la vigencia del contrato de fideicomiso podrán modificarse algunas cláusulas o ampliarse, incluyendo nuevos bienes al patrimonio fideicometido o añadiendo a otras personas que pueden llegar a percibir los beneficios del fideicomiso.

En cuanto a los beneficios del fideicomiso de garantía, refiere los siguientes: “Los acreedores se encuentran garantizados en primer grado (a diferencia de una hipoteca). Puede haber cambio de acreedores sin sustituir la garantía. La constitución del fideicomiso es independiente del proceso de otorgamiento del crédito. Se considera como una estructura legal sólida de garantía frente a las entidades financieras.”³¹

Y, por último, los fideicomisos de administración tienen como beneficios: “Seguridad en la tenencia del patrimonio fideicometido y transparencia en el manejo de los fondos. Eficiencia en el manejo de las operaciones por ser administradas por un equipo de profesionales confiable. Se cuenta con la ventaja de la infraestructura, plataforma tecnológica de Corporación BI y la experiencia de sus ejecutivos fiduciarios en el montaje

³⁰ <https://www.corporacionbi.com/gt/bancoindustrial/fideicomisos-de-inversion-769> (Consultado 18 octubre 2017).

³¹ <https://www.corporacionbi.com/gt/bancoindustrial/fideicomisos-de-garantia-770> (Consultado 18 octubre 2017).



de los contratos de fideicomiso, Se delega la administración de fondos y los distintos bienes a un grupo de expertos. Ayuda al cumplimiento de objetivos de un grupo de personas interesadas³²

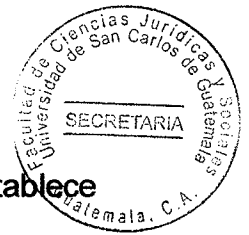
En el caso del Banco Industrial, busca transmitir confianza a los fideicomitentes, al realizar todas las operaciones de forma transparente, ya que como se mencionada anteriormente, la confianza es básica en el contrato de fideicomiso, además realiza capacitaciones a personas que podrían estar relacionadas con personas interesadas en formalizar este contrato, como notarios, auditores, etc., de esta manera dar a conocer las opciones y beneficios del fideicomiso.

En base a lo expuesto se considera que, en el territorio guatemalteco, la figura del fideicomiso es utilizada por las entidades bancarias autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Bancos, creando confianza en las operaciones que realizan.

2.3. Fideicomiso en Costa Rica

El fideicomiso en Costa Rica se encuentra regulado en el Código de Comercio, en los Artículos del 633 al 662. En el Artículo 633 del cuerpo legal mencionado, se define el contrato de fideicomiso, indicando que el fideicomitente trasmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo.

³² <https://www.corporacionbi.com/gt/bancoindustrial/fideicomisos-de-administracion> (Consultado 18 octubre 2017).



En cuanto a los elementos personales el Código de Comercio costarricense, establece en el Artículo 637, que el fiduciario puede ser una persona física o jurídica, si es capaz de adquirir derechos y obligaciones, además el Artículo 639, indica que el fideicomitente puede designar varios fiduciarios, para que trabajen conjunta o separadamente administrando el fideicomiso.

El fiduciario no podrá delegar sus funciones, pero sí designar, bajo su responsabilidad, a los auxiliares y apoderados que demande la ejecución de determinados actos del fideicomiso, tal como lo establece el Artículo 643 del Código de Comercio. El fiduciario no podrá ser el beneficiario o fideicomisario del fideicomiso.

El Artículo 645 del Código de Comercio indica que: “El fiduciario deberá emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia. Será removido de su cargo el que no cumpliera con las disposiciones de este capítulo o las instrucciones contenidas en el acto constitutivo. Tal remoción la hará el juez competente a solicitud del fideicomitente o de cualquier interesado, por los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria.”

Llama la atención la expresión buen padre de familia, ya que el fiduciario deberá cumplir fielmente a sus atribuciones y ser cuidadoso con los deberes y obligaciones contraídas al momento de constituirse el fideicomiso, de lo contrario será removido judicialmente, por medio de un juicio voluntario que podrá iniciar el fideicomitente o el fideicomisario.

El Código de Comercio de Costa Rica, destaca al definir claramente cuáles son los fideicomisos prohibidos, como lo regula el Artículo 661, establece que quedan prohibidos:



Los fideicomisos con fines secretos; los fideicomisos en los que beneficio se conceda a diversas personas que sucesivamente deben sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso en que la sustitución se realice en favor de personas que, a la muerte del fideicomitente, están vivas o concebidas ya; los fideicomisos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como fideicomisario a una persona jurídica, salvo si ésta fuere estatal o una institución de beneficencia, científica, cultural o artística, constituida con fines no lucrativos; y los fideicomisos en los que al fiduciario se le asignen ganancias, comisiones, premios u otras ventajas económicas fuera de los honorarios señalados en el acto constitutivo. Si tales honorarios no hubieren sido señalados, éstos serán fijados por el juez, oyendo el parecer de peritos, en diligencias sumarias especialmente incoadas al efecto y siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria.

Al estudiar las clases de fideicomiso establecidas en el Código de Comercio, se establece que serán mediante acto entre vivos o por testamento.

La Tesorería Nacional de la República de Costa Rica, emitió el 26 de febrero de 2016, la Directriz DIR-TN-01-2016, que regula el fideicomiso, en dicha Directriz en el Artículo 1, inciso c) se definen algunos tipos de fideicomisos, siendo estos:

En el Fideicomiso de Administración, el fideicomitente traspasa al fiduciario la responsabilidad de administrar sus bienes, para que lo haga a su nombre y con el menor riesgo posible; lo que busca el fideicomitente es que un profesional o persona



especializada administre correctamente sus bienes, obteniendo mejores beneficios que los generados por el propietario.

En el Fideicomiso de garantía, la persona que desea utilizar este tipo de fideicomiso, o sea el fideicomitente, traslada bienes o derechos, en propiedad fiduciaria, con la finalidad de garantizar a un tercero el cumplimiento de una obligación. Una vez cancelado el crédito garantizado, el fiduciario procederá a devolver la titularidad del bien o derecho, al fideicomitente o al fiduciario, según las condiciones pactadas al momento de crearse el fideicomiso.

En el Fideicomiso de titularización, el fideicomitente entrega bienes tales como hipotecas, prendas, contratos de servicios de empresas, proyectos de gran envergadura, al fiduciario con la finalidad de que convierta los bienes que forman el patrimonio fideicometidos, en títulos valores y los coloque en el mercado bursátil. Al momento de crear los títulos valores, el fiduciario toma como base el valor real de los mismos y sus ingresos futuros. Esta clase de fideicomiso busca transformar en efectivo, los activos fijos o de lenta rotación, que posteriormente podrán trasladarse al fideicomitente o al fideicomisario.

En el Fideicomiso de inversión, el fideicomitente traslada al fiduciario títulos valores o recursos líquidos, con la finalidad de que se constituya un portafolio de inversión, que será administrado profesionalmente por el fiduciario.

Además de los tipos de fideicomisos descritos, pueden surgir otras subcategorías, dependiente de las necesidades y finalidad que quiera alcanzar el fideicomitente, con el



fin de beneficiar al fideicomisario el fiduciario, en el momento del montaje del fideicomiso, acepta plenamente será el único responsable de hacer cumplir los fines del fideicomiso, cumpliendo las instrucciones del fideicomitente.

2.4. Fideicomiso en Honduras

El contrato de fideicomiso en Honduras se reguló por primera vez en el Código de Comercio del año 1950, actualmente algunas de las leyes que regulan el contrato de fideicomiso son:

- Código de Comercio.
- Ley del sistema financiero.
- Normas para la constitución, administración y supervisión de fideicomisos.

El Artículo 1033 del Código de Comercio de la República de Honduras, define el contrato de fideicomiso como un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al banco autorizado para operar como fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplimiento del fin lícito y determinado al que se destinen.

Según el ordenamiento legal hondureño, solamente los bancos autorizados pueden ser fiduciarios, tal como lo indica el Artículo 1040 del referido cuerpo legal.

Los elementos personales del fideicomiso son: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario. Se toma como válido y constituido el fideicomiso en el que el consentimiento para constituirlo sea expreso; el Artículo 1041 del Código de comercio,

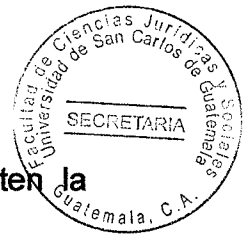


señala que si al momento de constituirse el fideicomiso no se indica institución bancaria que tendrá la función de fiduciario, el fideicomisario podrá elegir al fiduciario, sino lo hiciere, el Juez de Letras de lo Civil del lugar donde estuvieren los bienes, o los bienes de mayor valor si fueran varios lugares, designará al fiduciario.

En cuanto al fiduciario, cabe mencionar que la legislación establece dos figuras, que son: delegado fiduciario: Es el funcionario por medio del cual las instituciones fiduciarias (personas jurídicas que necesitan actuar por medio de una persona física o natural) desempeñan su cometido y ejercen sus facultades, en el cumplimiento del fideicomiso. Es la persona física o natural encargada del cumplimiento del fideicomiso; es el ejecutor del fideicomiso.³³ La figura del Delegado fiduciario, se encuentra regulada en el Artículo 1054, estableciendo que las instituciones fiduciarias desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de uno o más funcionarios que se designen especialmente al efecto, y de cuyos actos responderá directa ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles penales en que ellos incurran personalmente.

La Superintendencia de Bancos podrá en todo tiempo vetar la designación de los funcionarios que hubiere hecho la institución, o acordar que se proceda a la remoción de los mismos. Bastará para acreditar la personalidad de estos funcionarios la protocolización del acta en la que conste el nombramiento por el consejo o el testimonio del poder general otorgado por la institución fiduciaria, aun cuando en el acta o en el

³³ <https://tzibalnaah.unah.edu.hn/bitstream/handle/123456789/5429/T-MDm00003.pdf?sequence=2>
(Consultado 26 junio de 2017).



poder no se mencione especialmente el asunto o el negocio en que ostenten la representación.

Los delegados podrán nombrar apoderados generales o especiales en el límite de sus propios poderes e incluso sustituir, si tuvieran facultada para ello. En este caso, la substitución debe comunicarse a la Superintendencia de Bancos a efecto del uso del veto.

“Comité técnico, es un comité de distribución de fondos, es el que el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas prevé su formación, dando las reglas para su funcionamiento y fijando sus facultades, dentro de los fines del fideicomiso. El comité técnico es un verdadero órgano de administración y vigilancia del fideicomiso, a un grado tal que cuando el fiduciario obra ajustándose a los dictámenes o acuerdos del comité técnico, queda libre de responsabilidad. El comité técnico puede estar integrado por el número de miembros propietarios y suplentes, facultades, quórum de asistencia y de votación, fechas de reunión, etc. Que se fijen en el acto de su formación.”³⁴

El comité técnico o distribución de fondos, se encuentra regulado en el artículo 1055 del Código de Comercio y en el Artículo 1034, de la misma ley, establece que el fideicomiso podrá constituirse por acto entre vivos o testamento, y como acto unilateral o como contrato entre dos o más personas. Las Normas para la constitución, administración y supervisión de fideicomisos, emitidas por la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, definen las clases de fideicomisos, siendo estos, fideicomiso de administración,

³⁴ **Ibíd.**



fideicomiso de desarrollo inmobiliario, fideicomiso de garantía, fideicomiso de inversión, fideicomiso secreto, fideicomiso testamentario y fideicomiso de titulación.

2.5. Comparación jurídica fiduciaria

De la exposición anterior es posible establecer que en Guatemala se encuentran en desventaja frente a otras legislaciones, pues en la legislación aplicable Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio de Guatemala, en lo relativo al contrato de fideicomiso son veintiocho artículos los que regulan lo relativo a la materia, no obstante la aplicación del Contrato del fideicomiso aun deja aspectos sin regular como las funciones del comité técnico del fideicomiso, que en la aplicación del contrato de fideicomiso la institución fiduciaria nombra a un comité técnico del fideicomiso, que el código de comercio de Guatemala decreto 2-70, no hace referencia en ninguno de esos artículos, con las leyes de México, Honduras y Costa Rica sí lo regulan.

En las legislaciones comparadas el plazo de vigencia de un fideicomiso es un rango de tiempo similar o cercano, entre 25 a 30 años.

En comparación con la legislación mexicana también se tiene el fideicomiso privado y el fideicomiso público, que en el código de comercio guatemalteco únicamente regula el fideicomiso en administración, de fideicomiso de garantía y el fideicomiso de inversión. Al analizar las legislaciones de países como Costa Rica, Honduras y México en el tema de la responsabilidad del fiduciario en acatar las decisiones del comité técnico del fideicomiso se localiza que en todos los casos si se contempló dentro de los elementos personales la constitución del comité técnico del fideicomiso, es importante resaltar que



tanto Honduras como México son más claros, al indicar que una vez actúe de acuerdo a las directrices de dichos comités estarán libres de toda responsabilidad. En el caso de Guatemala no existe dicha facultad para dar vida a un comité técnico.

La legislación de Costa Rica en el Artículo No. 7 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, dispone que cuando en un fideicomiso se estableciera comités especiales, el fiduciario descargará sus responsabilidades, aunque todo lo anterior es bajo su propia responsabilidad. En igual sentido, el Artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito mexicana establece que cuando el fiduciario obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos del comité técnico, estará libre de toda responsabilidad.

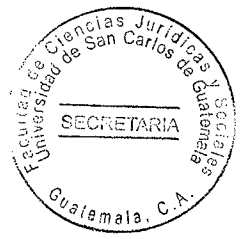
En Honduras, se establece en el Artículo 1055 del Código de Comercio, que cuando se haya previsto la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, y que cuando la fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

Vale indicar, que a diferencia de las soluciones que ciertas legislaciones dan exonerando al fiduciario, en la jurisprudencia anglosajona (Gran Bretaña y Estados Unidos) han rechazado esa posibilidad, porque al contemplar esos organismos se relevaría de responsabilidad al fiduciario.

Al estudiar la normativa que regula la ejecución de los negocios fiduciarios en Guatemala, no regula en ninguno de sus artículos que se le conceda al fiduciario la facultad de incluir dentro de los elementos personales del contrato de fideicomiso a ningún Comité Técnico del Fideicomiso, sino que dentro de sus obligaciones el deberá tomar posesión de los



bienes fideicometidos, en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad. Si el fiduciario enajena o grava los bienes en abuso de las facultades que le otorgue el contrato o el acto constitutivo, el fideicomitente o el fideicomisario podrán exigirle que responda por los daños y perjuicios.





CAPÍTULO III

3. Responsabilidades de los elementos personales del fideicomiso

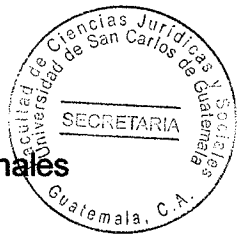
En este capítulo se estudiarán los diferentes tipos de responsabilidad que recaen en los diferentes elementos personales que participan en el contrato de fideicomiso. Responsabilidad desde un punto de vista general significa: "obligación de responder de los actos que alguien ejecuta o que otros hacen."³⁵

3.1. Clases de responsabilidades

Existen distintas clases de responsabilidad como: civil, penal, solidaria, siendo esta última la que más se relaciona con el Derecho Mercantil, sin dejar de mencionar la responsabilidad administrativa en que pudiera incurrir el fiduciario si no observa las formalidades del procedimiento administrativo.

La responsabilidad es consecuencia del tipo de obligación, de las condiciones bajo las cuales se celebre el negocio jurídico, por lo que es necesario hacer un análisis del tipo de obligaciones que existe, entre la responsabilidad civil cabe mencionar, las que se generan por las obligaciones civiles, patrimoniales o propiamente dichas, naturales, simples, múltiples, disyuntivas, conjuntivas o mancomunadas, positivas y negativas, de dar de hacer de no hacer específicas y genéricas, obligaciones posibles e imposibles, divisibles e indivisibles, principales y accesorias, instantáneas u de tracto sucesivo, y las

³⁵ Larousse. **Diccionario jurídico**. Pág. 560.



continuas o de tracto sucesivo, unilaterales, bilaterales o recíprocas, puras, condicionales y a plazo.

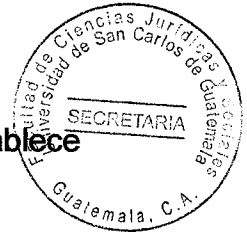
En cuanto a la responsabilidad del fiduciario, se considera una responsabilidad solidaria. El fiduciario lo recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar solo aquellos actos exigidos para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Los fines del contrato de fideicomiso son:

- Transmitir los bienes del fideicomitente a una institución fiduciaria.
- La Institución Fiduciaria, beneficiarse con el cobro de honorarios.
- El fideicomisario, obtener los beneficios o frutos civiles resultantes del contrato de fideicomiso

Es imprescindible que el fideicomitente tenga capacidad legal para transmitir la titularidad de sus bienes, al igual que el fideicomisario para adquirir el beneficio del bien.

De conformidad con lo establecido en el Código Civil Decreto Ley 106, la capacidad legal para ser sujeto de derechos y obligaciones se adquiere a los dieciocho años, en tanto no se cuente con la mayoría de edad no se puede celebrar un contrato de fideicomiso. Por otra parte la citada norma jurídica establece en el Artículo 1251, que todo negocio jurídico requiere para su validez capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento y objeto lícito, si bien es cierto el amparo de la citada norma jurídica no se establece como requisito la forma que debe de adoptar el negocio jurídico, al amparo



de lo establecido en el Artículo 771 del Código de Comercio de Guatemala, establece claramente que el contrato de fideicomiso debe celebrarse en escritura pública.

3.2. Responsabilidad del fiduciario

“En el fiduciario recae la responsabilidad más importante que es la de la ejecución de los fines recogidos en el fideicomiso. El fiduciario, además de propietario de los bienes fideicomitidos desde el punto de vista de la obligación, tiene ante sí una serie de obligaciones pendientes siempre al mejor desarrollo de su cometido y cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso puede acarrearle una serie de consecuencias como ser removido judicialmente y la de tener que responder, incluso con su patrimonio personal, por daños y perjuicios.”³⁶

Por lo tanto la obligación principal del fiduciario, consiste en el cumplimiento del fin para el cual fue constituido el fideicomiso; consecuentemente utilizará los bienes cuya propiedad le hayan sido transferida, teniendo en el presente caso la prohibición de excusarse sino por motivo de causa legal, y que a criterio de la autoridad judicial sean graves, además responde por los daños que hayan sufrido los bienes fideicometidos, esto quiere decir que la responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, también puede incurrir en responsabilidad de tipo penal, cuando como consecuencia de la ejecución del fideicomiso se incurra en la comisión de uno o más delitos, por ejemplo:

³⁶ <http://www.centrafiduciaria.com/blog/obligaciones-responsabilidad-exigida-del-fiduciario/>
(Consultado el 20 de noviembre 2017).



que el fiduciario, teniendo a su cargo bienes fideicometidos se declare en quiebra y esta al ser calificada por juez competente se declare fraudulenta.

El fiduciario tiene la obligación de desempeñar el cargo que le ha sido encomendado por el fideicomitente con diligencia y de acuerdo a los fines establecidos en la escritura de constitución. Esto significa que al cargo encomendado no podrá renunciar si no existe un motivo calificado como grave por juez competente, en este caso será el de Primera Instancia Civil.

Para ejecutar los fines constitutivos del contrato de fideicomiso, el fiduciario deberá tomar posesión de los bienes fideicometidos en términos legales, los cuales constan en el instrumento de constitución, sin haberlo hecho es sumamente imposible, deducir responsabilidad al fiduciario, en el supuesto de incurrir en daños y perjuicios, considerando que el fiduciario debe llevar cuenta detallada de su gestión y tomando en cuenta que el fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas, trámite que se realizará en un juzgado civil en la vía del juicio oral.

Las obligaciones del fiduciario, se originan del contrato de fideicomiso y de la ley; al momento de formalizarse el contrato es recomendable definir todas las obligaciones del fiduciario, entre las cuales se debe incluir:

- Ejecutar diligentemente todas las instrucciones establecidas por el fideicomitente, con la finalidad de cumplir con los objetivos para el cual se constituyó el fideicomiso.

- **Mantener separados de forma inequívoca los bienes objeto de la fiducia y sus bienes personales, con la finalidad de nunca llegar a confundirlos o aprovecharse de los bienes que forman parte del fideicomiso.**
- **Invertir de la forma y modo establecido en el contrato los bienes de negocio fiduciario, a menos que el contrato haya estipulado que puede hacerlo según su conveniencia.**
- **Iniciar y continuar con las acciones necesarias para la conservación de los bienes.**
- **Guardar secreto profesional de las negociaciones realizadas con los bienes y de los posibles beneficios económicos que llegaren a generarse, además se debe incluir en el secreto profesional las conversaciones y juntas que realice con el fideicomitente en las cuales reciba instrucciones o se modifique el contrato.**
- **Cumplir con las obligaciones tributarias de los bienes que forman el patrimonio fideicometido.**
- **Defender y proteger los bienes fideicometidos contra cualquier acto que provenga de un tercero, del beneficiario o incluso del mismo constituyente, cuando se pretenda realizar algún acto ilegal con los bienes.**
- **Procurar el mayor rendimiento posible de los bienes que constituyen el patrimonio fideicometido, para lograr dicho objetivo cada acto que realice será oneroso y con terminaciones fructíferas, a menos que específicamente se haya estipulado otra cosa en el acto constitutivo del negocio jurídico, para determinados bienes del patrimonio.**
- **Transferir los bienes a quien corresponda, de acuerdo a lo establecido en el contrato una vez haya concluido la finalidad por la cual se celebró el mismo, a la brevedad posible.**
- **Rendir cuentas periódicamente de la labor realizada ante el fideicomitente.**



El fiduciario debe cumplir con todas las obligaciones anteriores, ya que todas están relacionadas con el manejo y administración del patrimonio fideicometido, y para que el contrato de fideicomiso pueda ejecutarse correctamente y se cumplan los objetivos del fideicomitente al constituir el fideicomiso.

De las obligaciones del fiduciario, surgen cuatro áreas de responsabilidad que son: "a) Responder con los bienes fideicomitados ante posible deudas y actos celebrados en cumplimiento siempre del encargo aceptado y según lo recogido en el contrato. b) Responder por las consecuencias, que le sean imputables, como resultado del incumplimiento de las obligaciones pactadas por culpa o dolo, y cuyos efectos recaerán sobre el patrimonio personal del fiduciario. c) La responsabilidad objetiva derivada de los daños causados con los bienes del fideicomiso. d) Responsabilidad penal."³⁷

El fiduciario puede tener responsabilidad penal, si durante el manejo y administración del fideicomiso, se llegaren a realizar actos contrarios a lo estipulado en el contrato o actos ilegales utilizando los bienes que forman el patrimonio fideicometido o abusando de la confianza del fideicomitente.

3.3. Responsabilidades del fideicomitente

De conformidad con lo establecido en el Artículo 766 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70, el fideicomitente transfiere ciertos bienes al fiduciario, afectándolo a fines determinados.

³⁷ **Ibíd.**



El fideicomitente debe ser propietario o titular de aquello que se transfiere en dominio fiduciario, esta es la esencia de un fideicomiso porque si el fideicomitente no es propietario o titular, entonces no puede transferir y si no puede transferir no se genera el patrimonio autónomo; es decir, se tendría un patrimonio fideicometido vacío.

Así como el primer requisito para ser fideicomitente es ser propietario o titular de aquello que se transfiere en dominio fiduciario; de la misma forma, es responsabilidad del fideicomitente hacer del conocimiento de las partes en el negocio fiduciario cualquier circunstancia que de alguna manera pueda afectar su propiedad o titularidad. En este sentido, se solicita que el fideicomitente declare que no conoce de ninguna medida judicial o extrajudicial que pueda afectar su titularidad.

Dentro de los factores que pueden afectar un fideicomiso es una acción de nulidad de fideicomiso interpuesta por fraude de acreedor. En este caso, también sería obligación del fideicomitente indicar la relación de sus acreedores principales y se debe evaluar la posibilidad de notificar personalmente a los mismos. El fideicomitente podría llegar a tener responsabilidad penal, si por medio de fraude constituyera el fideicomiso, con la finalidad de evitar pagar y cumplir obligaciones anteriores con acreedores, pudiendo estos iniciar las acciones legales para declarar la nulidad del contrato de fideicomiso.

La responsabilidad del fideicomitente al momento de transmitir los bienes al fiduciario para el cumplimiento del fideicomiso se limita al transmitir ciertos bienes al fiduciario, este debe tener capacidad legal para enajenar los bienes, de lo contrario incurriría en responsabilidad de tipo penal si transmite un bien que legalmente no le pertenece, así



mismo incurriría en responsabilidad civil obligándose al resarcimiento de daños y perjuicios.

“Es obligación del fideicomitente inscribir la constitución del fideicomiso en los registros públicos correspondientes.”³⁸

En el numeral 11, del Artículo 29, del Código de Notariado, se establece que los otorgantes deben ser advertidos de que deben presentar el testimonio del instrumento público a los registros respectivos, dependiendo del bien que se trate podría presentarse al Registro de la Propiedad, Registro Mercantil, Registro de Propiedad Intelectual, etc.

Finalmente, otra responsabilidad del fideicomitente es hacer efectivo el pago de honorarios pactados con el fiduciario.

3.4. Responsabilidad del fideicomisario

En la ejecución del contrato de fideicomiso el fideicomisario, que resulta ser la persona que recibe los beneficios del fideicomiso, tiene la responsabilidad que al momento de entrar a obtener los beneficios debe tener la capacidad legal para adquirir derechos y como consecuencia de contraer obligaciones.

Fideicomisario puede ser cualquier persona, no es necesario ni se considera como un requisito para su validez el que el fideicomisario sea individualizado al momento de la constitución del contrato del fideicomiso, sin embargo, si resulta necesario que al

³⁸ [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4AE30D76E58F34C305257F07006F6C24/\\$FILE/2013_04_16_05_31_16_memo.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4AE30D76E58F34C305257F07006F6C24/$FILE/2013_04_16_05_31_16_memo.pdf) (Consultado 20 noviembre 2017).



momento de constituirse el fideicomiso se deje ver la designación posterior del fideicomisario.

Adicionalmente y de acuerdo a lo estipulado en el ordenamiento jurídico el fideicomisario podrá exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso, en el caso que sea necesario está facultado para pedir la remoción del fiduciario por las causales señaladas en el Artículo 786 del Código de Comercio, impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituyan al fiduciario los bienes que, en consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido. Revisar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoría.

3.5. Ejecución de los fines constitutivos del contrato de fideicomiso

En lo que toca a los fines del contrato de fideicomiso, el Código de Comercio ha señalado que se utiliza de varias maneras, lo que a su vez, califica el tipo de contrato de que se trate. Así, en el ordenamiento se ha reconocido que este contrato se utiliza para la realización de varios propósitos, entre ellos: de administración de garantía e inversión. La finalidad del fideicomiso, sin duda alguna, es el punto medular de este tipo de contratos.

Todas las actuaciones del fiduciario deben estar encaminadas a alcanzarla. Para ello debe seguir las instrucciones que establece el fideicomitente en el contrato. El único límite que encuentra el cumplimiento del fin del fideicomiso, radica en la legalidad del mismo.



Toda actuación del fiduciario, debe estar apegada al ordenamiento jurídico y no puede ir en contra de éste. El fin debe ser lícito. Los fines del fideicomiso, entonces, pueden ser amplios y variados.

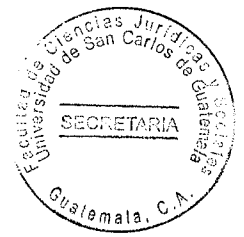
En cierta manera, los fines que tenga el contrato, son los que vienen a establecer las clases de fideicomisos que existen y facilitan hacer una clasificación de ellos.

3.6. Posesión de los bienes fideicometidos

En el contrato de fideicomiso, se indicarán los términos y condiciones bajo los cuales se verifica la transferencia o entrega de los bienes fideicometidos, los cuales deben atender siempre la naturaleza de los bienes y la finalidad señalada por el fideicomitente, según el tipo de negocio fiduciario a desarrollar.

Cuando los bienes fideicometidos consistan en acciones, cuotas o partes de interés de sociedades, en el libro de registro de accionistas o en los respectivos estatutos según corresponda, deberá figurar como accionistas o socio el propio fiduciario actuando como representante del patrimonio autónomo o del fideicomiso respectivo.

La destinación de los recursos recibidos, sólo puede ser establecida por el propio fideicomitente de manera expresa, de existir el comité técnico en el fideicomiso no podría cambiar o variar la finalidad del fideicomiso, únicamente tiene funciones de asesorar la administración del patrimonio fideicometido para adecuarlo a la voluntad del fideicomitente.



3.7. Abuso del fiduciario

Como se describe a continuación en el Artículo 780 del Código de Comercio. (Abuso de fiduciarios). Si el fiduciario enajena o grava los bienes en abuso de las facultades que le otorgue el contrato o el acto constitutivo, el fideicomitente o el fideicomisario podrán exigirle que responda por los daños y perjuicios derivados de la negociación, así como promover su remoción y la imposición al fiduciario de las demás sanciones que corresponden.

Como parte de la hipótesis planteada en la presente tesis se considera como abuso del fiduciario la acción de tomar posesión de los bienes que constituyen el patrimonio Fideicometido, y delegar posteriormente la administración y ejecución del patrimonio fideicometido a un comité técnico del fideicomiso, que en la práctica es quien ejecuta todas las acciones atinentes al cumplimiento del contrato del fideicomiso, dichos comités técnicos, no están tipificados en nuestra leyes, como parte de los elementos personales del contrato.

3.8. Responsabilidades y obligaciones contractuales del fideicomiso de administración contenidas en la legislación civil y mercantil y en la Ley de Bancos y Grupos Financieros

El fideicomiso de administración es el contrato mediante el cual, el otorgante o persona que lo constituye aporta bienes o derechos con la finalidad crear un patrimonio independiente, con el cual la entidad fiduciaria realiza actividades de administración o inversión, de acuerdo a las instrucciones dadas por el otorgante.



A continuación, se presentan las obligaciones contractuales del fideicomiso de administración contenidas en nuestra legislación, atendiendo al elemento personal que intervienen en dicho contrato. El fideicomitente debe establecer frente al fiduciario todos los elementos de la buena administración del patrimonio fideicometido.

3.8.1. Obligaciones del fiduciario

Legalmente como obligaciones del fiduciario en su gestión como tal, se encuentran las siguientes:

- Ejecutar el fideicomiso de conformidad con el contrato. (Artículo 785, inciso 1º. Código de Comercio).
- Deberá realizar su gestión con la diligencia debida, en estricto apego al contrato, leyes y reglamentos aplicables. (Artículo 785, inciso 2º. Código de Comercio).
- No podrá renunciar o alejarse de su cargo, sino por causas graves que deberán ser calificadas por un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio. (Artículo 785, inciso 2º., Código de Comercio).
- Recibir los bienes fideicometidos y velar por su conservación y seguridad. (Artículo 785, inciso 3º, Código de Comercio).
- Deberá llevar una contabilidad separada de sus demás operaciones y de sus demás fideicomisos, registrando en cada una de ellas los bienes cuya titularidad se le haya confiado. (Artículo 785, inciso 4º. Código de Comercio).
- Por lo menos una vez al año, deberá rendir cuentas o informes de su gestión fiduciaria a quien corresponda. De igual manera procederá cuando el que solicite la información sea el fideicomitente o el fideicomisario. (Artículo 785, inciso 4º. Código de Comercio).



- En todos los actos o contratos que celebre u otorgue con ocasión del fideicomiso, el Fiduciario deberá declarar que actúa en esa calidad, identificándose con el documento constitutivo del fideicomiso. (Artículo 781 Código de Comercio).
- No podrá disponer de los bienes fideicometidos en términos distintos de los pactados, siendo responsable ante el fideicomitente y/o fideicomisario por los daños y perjuicios causados por dicha negociación. (Artículo 780 Código de Comercio).
- Hacer efectivo en el tiempo, forma y modo que las leyes establezcan, los impuestos que generen los bienes cuya titularidad posea. (Artículo 22 Código Tributario).
- Responder por las pérdidas, menoscabo, daños y perjuicios que sufran los bienes fideicometidos, cuando hayan sido ocasionados por su culpa o negligencia grave. (Artículo 780 Código de Comercio).
- Cuando se trate de varios fiduciarios que actúan sucesivamente, deberá cumplir por separados sus funciones, siempre que en el contrato estén claramente determinadas. (Artículo 774 Código de Comercio).

“El objeto y finalidad del fideicomiso no tiene más límites que la imaginación del hombre, por lo que los negocios que con el mismo se llevan a cabo serán tantos y variados como intereses tenga el fideicomitente”.³⁹

3.8.2. Obligaciones y derechos del fideicomitente

El fideicomitente está obligado a las siguientes estipulaciones legales:

³⁹ Edgar Josué Cruz Hernández. **Análisis jurídico de las responsabilidades contractuales y extracontractuales del fideicomiso de administración de conformidad con la ley de bancos y grupos financieros.** Pág. 123

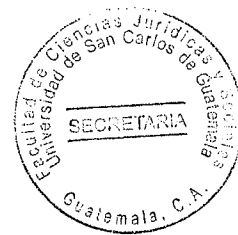


- Efectiva transmisión de la propiedad de sus bienes al fiduciario.
- Como consecuencia de esta transmisión, queda sujeto al saneamiento por evicción. (Artículo 30 Código de Notariado).
- Por lo general, corren por su cuenta el pago de los honorarios, comisiones, restitución, o cualquier otro gasto en que el fiduciario haya incurrido por su gestión. (Artículo 793 Código de Comercio), en el caso del comité técnico del fideicomiso y cuando los integrantes sean empleados del fiduciario, será el mismo quien pague sus honorarios.

3.8.3. Obligaciones del fideicomisario

El fideicomisario tiene a su cargo el cumplimiento de las siguientes obligaciones legales: Cuando la obligación no recaiga en el fideicomitente, el fideicomisario deberá pagar al fiduciario sus honorarios, comisiones y demás gastos, que su gestión ocasione. (Artículo 793 Código de Comercio).

- De igual manera, deberá reintegrar al fiduciario los gastos que éste haya incurrido en la consecución de los fines del fideicomiso, siempre que esta carga no pese sobre otra persona, entiéndase fideicomitente.
- Hacer efectivo y cancelar todos los impuestos que se generen, cuando al término del fideicomiso el fiduciario traspase los bienes a su persona. (Artículo 792, segundo párrafo Código de Comercio).



CAPÍTULO IV

4. Comité técnico del fideicomiso

Al momento de constituirse el fideicomiso, la institución Bancaria o de crédito, o sea el fiduciario, para la ejecución de lo establecido en el convenio, utiliza a personal que contrata exclusivamente para ese fin, quedando en las manos de ellos el éxito o el fracaso del fideicomiso.

4.1. Definición del vocablo comité técnico

El comité técnico del fideicomiso es definido como el “órgano creado al momento de la constitución del fideicomiso cuyo objetivo es coadyuvar al logro de los fines propios del fideicomiso, cuyos deberes y facultades se limitan a lo establecido en el contrato de constitución.”⁴⁰ El comité técnico del fideicomiso son personas que han sido contratadas o elegidas por el fideicomitente para administrar y dirigir el fideicomiso, deben tener conocimientos idóneos para desempeñar esta función.

4.2. Aspectos doctrinarios del comité técnico

En la doctrina al referirse al comité técnico del fideicomiso, lo hace de una forma general y con ciertas limitaciones, sin embargo algunos juristas nacionales al referirse al fideicomiso lo clasifican dentro de los contratos de conservación, sin hacer mención a las funciones del comité técnico, mientras que otros juristas solo define al contrato de fideicomiso como un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente

⁴⁰ Rafael Martínez Morales, **Derecho administrativo**. Pág. 31.



transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario, siendo esta una definición genérica, no hace mención del comité técnico.

4.3. Integración del comité técnico

De acuerdo con lo estudiado y a la práctica fiduciaria en Guatemala el Comité Técnico está integrado por las personas que designe el propio fiduciario y en ocasiones se involucra a los propios fideicomitentes, quienes al no estar claros con este elemento personal consienten su existencia. En la práctica normalmente son personas de la entera confianza del fiduciario ya que dejan a estas la facultad de tomar decisiones respecto a la administración del fideicomiso, la cantidad de miembros también es decisión del fiduciario y se sugiere que mínimo esté integrado por tres miembros o más, para que no exista algún conflicto a la hora de tomar decisiones porque normalmente se actúa por mayoría, cabe resaltar que uno de esos integrantes puede representar al propio fiduciario.

En las sesiones del comité técnico podrán comparecer terceras personas y un representante autorizado del Fiduciario, quienes tendrán voz, pero no voto, lo anterior obedece a la creencia que, si no se tiene voto, las decisiones de dicho comité no serán vinculantes con el fiduciario. El fiduciario entrega al fideicomitente y algunas veces a los propios fideicomisarios un documento que formará parte del contrato de fideicomiso como anexo, en el cual se registrarán los nombres y las firmas de cada una de las personas designadas como miembros por el fideicomitente.

El cargo de los miembros del comité técnico será honorífico o remunerado por el desempeño de sus funciones, según lo acuerden al momento de celebrarse el contrato.

4.4. Aspectos generales del comité técnico del fideicomiso

Entre los aspectos generales del comité técnico del fideicomiso, es necesario considerar estipular lo siguiente:

- Cualquier tipo de Fideicomiso puede estar integrado por un comité técnico si es voluntad del Fideicomitente y puede entrar en funciones desde el inicio o estar sujeto a que se cumpla alguna condición o suceso que el Fideicomitente determine para que pueda entrar en funciones.
- Dentro del clausulado de un Contrato de Fideicomiso se establece una cláusula especial designada para el comité técnico la cual contiene las reglas del funcionamiento del contrato, las cuales son importantes para que el Fiduciario pueda operar y administrar el Fideicomiso y que cada Fideicomitente adecuará de acuerdo con sus necesidades.
- El comité técnico estará integrado por las personas que designe el Fideicomitente las cuales no necesariamente tienen que ser partes (Fideicomitente y Fideicomisario) del Fideicomiso, en la práctica normalmente son personas de la entera confianza del Fideicomitente ya que dejan a estas, la facultad de tomar decisiones respecto a la administración del Fideicomiso, la cantidad de miembros también es decisión del Fideicomitente y se sugiere que mínimo esté integrado por tres miembros o más para que no exista algún conflicto a la hora de tomar alguna decisión ya que normalmente se actúa por mayoría, aunque existe la excepción cuando el Fideicomitente decide



que el Comité Técnico actúe por unanimidad para lo cual en este supuesto si podría estar integrado solamente por dos miembros.

- El Fideicomitente entrega al Fiduciario un documento que formará parte del contrato de Fideicomiso como anexo en el cual se registrarán los nombres y las firmas de cada una de las personas designadas como miembros por el Fideicomitente. El cargo de los miembros del Comité Técnico será honorífico y por tal motivo no reciben remuneración alguna por el desempeño de sus funciones.
- Las sesiones del comité técnico serán cuantas veces sea necesario para poder cumplir con los fines del fideicomiso, y se debe convocar a reunión de comité técnico por quien indique el fiduciario o, si así lo quisiera éste, por cualquier miembro de dicho comité y será por escrito debiendo indicar hora, fecha y lugar en la que habrá de sesionar el comité técnico. Las sesiones del comité técnico serán válidas con la concurrencia que haya establecido el fiduciario en la cláusula que regule el cuórum de votación, y las decisiones que tomen se harán saber al fiduciario por escrito firmado por sus integrantes.
- El cuórum de votaciones del comité técnico deberá estar presente y completo en la sesión para que las decisiones del Comité Técnico y todas las instrucciones se tomen por la cantidad de miembros que indique el fiduciario, por mayoría o incluso por unanimidad, si no se cumple ninguna de las anteriores

Los anteriores señalamientos son las generalidades que se tienen que tomar en cuenta en el funcionamiento de un comité técnico en un fideicomiso, siempre adaptándolas a las necesidades del fideicomitente, fines del fideicomiso y tipo de fideicomiso, dentro de cada contrato de fideicomiso en el que se designó un comité técnico. Es indispensable que se



establezca una cláusula llamada "facultades del comité técnico" misma que tiene cada caso en particular ya que allí se establecen las funciones y actividades que está obligado a realizar el comité técnico, según los fines del fideicomiso de que se trate y los limitantes que haya establecido para la actuación de éste.

4.5. Ilegalidad del fiduciario en acatar las resoluciones del comité técnico del fideicomiso

El negocio jurídico fiduciario denominado así de una manera general, dejando claro con anterioridad que puede constituirse por contrato y por testamento. Como negocio jurídico debe de llenar los requisitos establecidos en el Artículo 1251 del código civil, los cuales son: capacidad legal que no adolezca de vicio, consentimiento y objeto lícito, la forma que en criterio propio también debe considerarse un requisito en todo negocio jurídico, en el presente caso el Código de Comercio es claro al establecer en el Artículo 771, que debe constar en escritura pública, cumpliendo así con el requisito de la forma en el negocio jurídico.

El contrato de fideicomiso es considerado una actividad de naturaleza bancaria mercantil, el fideicomitente o sea el propietario de los bienes que constituyen el patrimonio fideicometido, transmite la titularidad de ciertos bienes al fiduciario que al amparo de lo establecido en el Artículo 766 del Código de Comercio, debe recibirlos con la limitación de solo realizar aquellos actos objeto del contrato.



Sin embargo, algunos juristas consideran que el contrato del fideicomiso es “un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.”⁴¹

En sentido propio por el contrato de fideicomiso el fideicomitente trasmite ciertos bienes a una institución bancaria o de crédito legalmente autorizada por la Junta Monetaria, para que realice los fines establecidos en el contrato y obtener los beneficios en concepto de honorarios.

En la escritura constitutiva deben establecerse claramente las facultades que tiene la institución fiduciaria con relación a los bienes que constituyen el patrimonio fideicometido. La escritura pública, regulada en el Código de Comercio como un instrumento público debe cumplir ciertos requisitos regulados en el Artículo 29 del Código de Notariado los cuales se enumeran así:

- El número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento.
 - Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes.
 - La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.
 - La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.
5. Razón de haber tenido a

³⁸ Villegas Lara. **Op. Cit.** Pág. 137.



la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndoles e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato.

- La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual, de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él, un testigo.
- La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato.
- La Fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato
- La transcripción y las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido y autorización u orden judicial o preceda de diligencias judiciales o administrativas.
- La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.
- La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos.
- Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras "Ante mí". Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fuere varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante pondrá antes de firmar la expresión: "Por mí y ante mí."



Si al momento de formalizar el contrato de fideicomiso, no se cumple con todos los requisitos, podría ocasionar que el negocio no tenga validez jurídica.

4.6. El fideicomiso y el fiduciario

Fideicomiso es un negocio jurídico cuya base es la confianza misma, por el que una persona llamada fideicomitente transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario y el fiduciario es la entidad bancaria o entidad de crédito que tiene a su cargo la ejecución de los fines de su constitución o cumplimiento de lo estipulado en la escritura pública constitutiva del contrato del fideicomiso, al tenor de lo establecido en el artículo 768 solo pueden ser fiduciarios los bancos y las instituciones de crédito una vez hayan sido autorizadas por la junta monetaria, que como órgano superior jerárquico es quien debe calificar si la institución de crédito cumple con los requisitos para funcionar legalmente en el país.

4.7. El fideicomiso y el comité técnico

El negocio jurídico del fideicomiso constituido sobre todos los bienes que forman el patrimonio fideicometido al momento de ser entregados a la institución fiduciaria, esta para su cumplimiento y entendiendo que no cuenta dentro de sus funcionarios expertos en cada rol para cumplir los fines, constituye y traslada la responsabilidad al comité técnico del fideicomiso que es quien tiene en sus manos el éxito o el fracaso del fideicomiso, resulta ser demasiada responsabilidad, en criterio propio para la institución fiduciaria, trasladar a un tercero la administración de los bienes fideicometidos, tomando en cuenta que posteriormente es el comité técnico del fideicomiso quien gira las



instrucciones para que sean cumplidas por la institución fiduciaria, lo anterior obedece a la participación del fiduciario en el comité técnico del fideicomiso con voz, pero sin voto.

4.8. El fiduciario y el comité técnico del fideicomiso

El fiduciario, proviene del vocablo latino fiduciarius, que se refiere a la entidad bancaria o de crédito a quien se le confían los bienes, según la legislación guatemalteca, únicamente los bancos o instituciones de crédito debidamente autorizadas por la Junta Monetaria pueden ser o cumplir la función de fiduciario en el contrato de fideicomiso.

El comité técnico del fideicomiso es un órgano designado por el fideicomitente o por el fiduciario para distribuir los fondos, para que emita las instrucciones conforme a las que deberá obrar la entidad fiduciaria, administrar el patrimonio fideicometido. Resulta contradictorio que la principal obligada sea la institución fiduciaria y que sea el comité técnico del fideicomiso quien deba emitir las instrucciones para que sean cumplidos por la entidad fiduciaria.

En razón que el fideicomiso es considerado por nuestra legislación como un contrato de naturaleza bancaria, puesto que solo pueden ser fiduciarios los bancos o las instituciones de crédito.

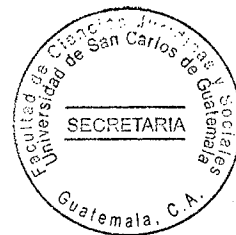
4.9. Legalidad o ilegalidad del comité técnico del fideicomiso

Del estudio del presente trabajo de investigación se establece que el comité técnico del fideicomiso es un ente con funciones dentro de la institución fiduciaria constituido de manera ilegal, sin más estipulaciones que las contenidas. En los veintiocho artículos del



código de comercio no está tipificado el Comité técnico del fideicomiso como elemento personal del contrato, este es el tema del presente trabajo de tesis, que aun cuando no se identifican en la ley, los contratos continúan incluyendo un comité, el fiduciario continua con la representación legal del patrimonio fideicometido y responsable de que se cumplan los fines del fideicomiso, así que si el patrimonio sufre algún tipo de perdida, no puede delegar esa responsabilidad al comité del fideicomiso.

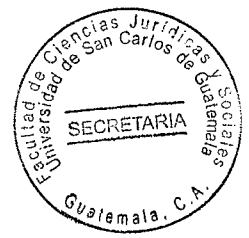
El comité técnico del fideicomiso no puede ser la autoridad superior del fideicomiso, toda vez que el fiduciario es quien acuerda en la parte contractual las obligaciones y derechos y a tiene la propiedad del patrimonio y no el comité.



CONCLUSIONES

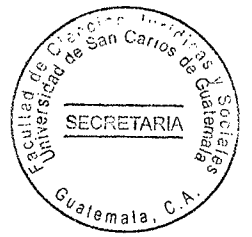
1. El abuso del fiduciario en la enajenación de los bienes que constituyen el patrimonio fideicometido, da lugar al fideicomitente a reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios, aun cuando el fiduciario cuente con un ente ejecutor, sea este el Comité Técnico del Fideicomiso.
2. El fiduciario como receptor de la voluntad del fideicomitente y único garante del patrimonio fideicometido y de los fines del fideicomiso, es responsable de velar por la adecuada administración de los bienes e incurre en responsabilidad civil al acatar las decisiones del comité técnico del fideicomiso.
3. El comité técnico del fideicomiso incurre en ilegalidad al momento de tomar decisiones, que afectan el patrimonio fideicometido, los fines del fideicomiso y trasladarlas a la institución fiduciaria, por no ser parte de los elementos personales regulados en las leyes guatemaltecas.
4. El comité técnico no devenga honorarios, siempre que las personas que lo integran estén contratadas por la entidad fiduciaria, por lo tanto, reciben un salario por su trabajo, sin importar el número de fideicomisos en los que intervengan, por ser parte del comité técnico.

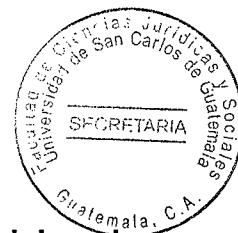




RECOMENDACIONES

1. Establecer dentro del Código de Comercio la opción de crear en el contrato de fideicomiso, un comité técnico, que se encargue de la administración del patrimonio fideicometido, siendo la entidad bancaria la obligada a ejecutar lo resuelto por el comité técnico.
2. Indicar en la legislación mercantil guatemalteca los requisitos mínimos de las personas que podrían llegar a ocupar un cargo dentro de un comité técnico de un fideicomiso, junto con las responsabilidades civiles, con la finalidad de establecer la idoneidad para ejercer tal cargo.
3. Prohibir al fiduciario el delegar en comités la administración del patrimonio fideicometido, ya que debido a lo que este ejecute en relación con la obligaciones contraídas se tiene el éxito o fracaso del fideicomiso y como consecuencia se afecta el mismo.
4. Crear los honorarios respectivos para las personas que integran los comités técnicos del fideicomiso, estableciendo claramente dentro de la legislación que es la entidad fiduciaria la única responsable por dichos pagos para evitar el mal uso del patrimonio fideicometido.





BIBLIOGRAFÍA

BARRIOS FLORES, Gustavo Adolfo. **Consideraciones generales del fideicomiso**. Argentina: Ed. Ediciones de Palma, 1997.

Black's Law Dictionary, Fifth Edition CABARRÚS DE SUREMAIN, Lorraine Marie. **La venta en pública subasta de los bienes fideicometidos en el fideicomiso de garantía**. Estados Unidos: Ed. West Publishing, 1891.

CRUZ HERNÁNDEZ, Edgar Josué. **Análisis jurídico de las responsabilidades contractuales y extracontractuales del fideicomiso de administración de conformidad con la ley de bancos y grupos financieros**. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: (s.e.), 2011.

<https://definicionlegal.blogspot.com/2013/08/fideicomitente-fiduciario.html> (consultado el 22 de junio del 2017).

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge. **El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico**. México: Ed. Porrúa, 2001.

<https://todosobrelaley.wordpress.com/2011/11/01/definicion-y-regulacion-del-fideicomiso-mexicano/> (consultado el 16 de junio del 2017).

<https://tzibalnaah.unah.edu.hn/bitstream/handle/123456789/5429/T-MDm00003.pdf?sequence=2> (consultado el 26 de junio del 2017).

KEETON, George W. **The law of trust**. Estados Unidos: Ed. Barry Rose Law Publishers Ltd, 1994.

KIPER, Claudio. **Régimen jurídico del dominio fiduciario**. Argentina: Ed. La ley, 1990.

LAROUSSE. **Diccionario jurídico**. México: Ed. Larousse, 1987.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael. **Derecho administrativo**. México: Ed. Oxford, 2008.

RODRÍGUEZ Azuero, Sergio. **Contratos bancarios**. Argentina: Ed. Biblioteca Felab-intal, 1977.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. México: Ed. IUS Ediciones, 2009.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.



VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.

www.archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2724/18.pdf (consultado el 20 de junio de 2017).

[http://www.banrural.com.gt/banruralc/Portals/0/pdf/fideicomiso/Credito_Rural/Comite%20Tecnico %20\(Credito%20Rural\).pdf](http://www.banrural.com.gt/banruralc/Portals/0/pdf/fideicomiso/Credito_Rural/Comite%20Tecnico%20(Credito%20Rural).pdf) (consultado 15 de mayo de 2017).

www.centrafiduciaria.com/blog/obligaciones-responsabilidad-exigida-del-fiduciario/ (consultado el 20 de noviembre del 2017).

www.conceptodefinicion.de/intuitu-personae/ (consultado el 22 de mayo del 2017)

www.corporacionbi.com/gt/bancoindustrial/fideicomisos-de-administracion (consultado el 18 de octubre de 2017).

[www.corporacionbi.com/gt/bancoindustrial/fideicomisos-de-garantia -770](http://www.corporacionbi.com/gt/bancoindustrial/fideicomisos-de-garantia-770) (consultado el 18 de octubre de 2017).

[www.corporacionbi.com/gt/bancoindustrial/fideicomisos-de-inver si on-769](http://www.corporacionbi.com/gt/bancoindustrial/fideicomisos-de-inver-si-on-769) (consultado el 18 de octubre de 2017).

[www.eumed.net/libros-gratis/2010e/8_36/FIDEICOMISO%20EN %20ROM A.htm](http://www.eumed.net/libros-gratis/2010e/8_36/FIDEICOMISO%20EN%20ROM_A.htm) (consultado el 08 de mayo del 2017).

www.sib.gob.gt/Consulta-DinamicaMovil/?cons=37 (consultado el 22 de junio del 2017).

[www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4AE30D76E58F34C305257F07006F6C24/\\$FILE/2013_04_16_05_31_16_memo.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4AE30D76E58F34C305257F07006F6C24/$FILE/2013_04_16_05_31_16_memo.pdf) (consultado el 20 de noviembre del 2017).

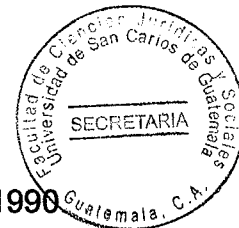
Legislación:

Constitución Política de la Republica de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente de 1986.

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

Código de Comercio de la República de Guatemala. Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.



Ley de Instituciones de Crédito. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1990

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

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Pascual Ortiz Rubio, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, 1932.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1977.

Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Ley No. 1644 de 26 de setiembre de 1953, Asamblea legislativa, Costa Rica, 1953.